

UNIVERSITE DE NANCY - FACULTÉ DE DROIT

LE PAS DE PORTE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 20 décembre 1935, à 16 h. 30

PAR

Marcelle BALLAND

Lauréat de la Faculté de Droit de Nancy
Avocat stagiaire à la Cour d'Appel de Nancy

MEMBRES DU JURY :

Président.	MM. VOIRIN, professeur.
Assesseurs	LESCOT, professeur.
	DURAND, agrégé.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage
1935

LE PAS DE PORTE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 20 décembre 1935, à 16 h. 30

PAR

Marcelle BALLAND

Lauréat de la Faculté de Droit de Nancy
Avocat stagiaire à la Cour d'Appel de Nancy

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. VOIRIN, professeur.
Assesseurs . . .	LESCOT, professeur.
	DURAND, agrégé.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage
1935

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (*, 18, 19 I).

Assesseur du Doyen: M. BROCARD (*, 19 I).

Doyens honoraires: MM. F. GÉNY (C *, 19 I) MICHON (*, 19 I).

Professeurs honoraires:

MM. MAY (*, 19 I).

ROLLAND (19 I).

MOREL (*, 19 I).

GÉNY (F.) (C *, 19 I).

RENARD (19 I).

Maître de conférences honoraire: M. MÉLIN (19 I), docteur en droit.

MM. GÉNY (C *, 19 I), professeur de Droit privé.

MICHON (*, 19 I), professeur de Droit romain.

BROCARD (*, 19 I), professeur d'Economie politique.

SENN (*, 18, 19 I), professeur de Droit romain.

HENRY (*, 19 I), professeur de Droit criminel.

KRÖLL (19 I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUËL (19 I), professeur de Droit international public.

LESCOT (19 I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (19 I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (18, 19 I), professeur de Droit civil.

TROTABAS (18, 19 A), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

PARISOT, (19 I), professeur de Droit civil.

F. DE MENTHON (19 A), professeur d'Economie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, agrégé d'Economie politique.

TEITGEN, agrégé de Droit public.

GROS, docteur en droit, chargé de cours de Droit public.

BERTRAND (19 I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



INTRODUCTION

Le « pas de porte », abréviation de l'expression le « pas de la porte » signifiait primitivement le seuil de la maison et le signifie encore dans le langage courant. Mais il est un autre domaine, le monde commercial, où le pas de porte a pris un sens très particulier, si ambigu que la Chambre des Députés renonça à le définir et tourna la difficulté en approuvant simplement cette déclaration de M. Pernot : « Je demande à la Chambre de ne pas maintenir une expression qui, d'un côté, n'a aucun caractère juridique et, d'autre part, présenterait de très graves inconvénients dans un texte de loi ».

Cette expression n'a-t-elle aucun caractère juridique? Elle existe pourtant et représente un profit très appréciable et pour les commerçants et pour le fisc. Il n'est pas rare d'entendre la conversation suivante : « Il n'y a plus de teinturerie dans cette rue? — Non, c'est un boucher qui prend la place; il a payé 85.000 francs de pas de porte ».

Le receveur d'enregistrement fera alors application de l'article 34 de la loi du 13 juillet 1925, modifié par le décret-loi du 28 août 1935, dont le texte est

ainsi libellé : « Toute cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, quelle que soit la forme qui lui est donnée par les parties, qu'elle soit qualifiée cession de pas de porte, indemnité de départ ou autrement, est soumise à un droit d'enregistrement de 8 % », et percevra la taxe réglementaire sur la vente sus-dite.

Peut-on dire alors que l'expression n'a aucun caractère juridique? il ne semble pas. Il serait plus exact d'avouer que l'expression n'a aujourd'hui aucun caractère juridique précis, car elle a subi une évolution vraiment remarquable. Elle n'a plus aujourd'hui le sens étymologique avec lequel nos écrivains anciens l'employaient. Autrefois elle signifiait simplement le seuil de la maison et alors que Pierre de LARIVEY (1) écrivait en 1579 : « Tu ne sçaurais dire qu'on ne void point les femmes et filles de Paris veu qu'elles sont incessamment plantées sur le pas de leurs huys », et GUY DE TOURS (2), en 1598, dans l'építaphe de Jean Martin dit Pallnau : « le pas de sa maison était ouvert à tous », MARIVAUX (3), deux siècles plus tard, devait dire aussi justement dans *l'Épreuve* : « J'ai rencontré près de l'hôtellerie une fille qui causait sur le pas d'une porte ».

L'évolution a commencé, semble-t-il, un siècle plus tard et devait se poursuivre très rapidement. La

(1) *Comédie des Jaloux*, acte II, scène VI.

(2) *Le paradis d'amour*.

(3) *Épreuve*, acte I, scène I.

preuve la plus convaincante est la comparaison que l'on peut faire entre les deux arrêts suivants :

Le 31 décembre 1886, le Tribunal civil de la Seine disait (1) : « Attendu que l'occupation par une laitière du pas de porte de ladite maison fait obstacle à la jouissance des consorts Etlinger et notamment rend très difficile l'accès de l'escalier qui conduit à leur location... »

Il s'agit ici du seuil de la maison, du pas de porte dont parle Marivaux.

Le 25 octobre 1933, la Cour d'Appel d'Angers (2) déclare : « Attendu que si l'on considère, ainsi que l'ont décidé les premiers juges, que ladite somme de 35.000 francs constitue un pas de porte, ce pas de porte est évidemment un élément de loyer, car, à la différence du pas de porte payé au locataire sortant et qui est un prix de vente, car ce locataire se dépouille définitivement d'un droit, le pas de porte payé au bailleur est un loyer ou un supplément de loyer puisque le bailleur conserve la jouissance de l'immeuble, objet du contrat ; qu'en ce cas, le montant du pas de porte ne constitue pas un supplément de loyer applicable à la première année de location et à cette année seulement, mais qu'elle correspond à la capitalisation d'une partie de la valeur locative qui ne figure pas dans le loyer ».

Là, on oppose le pas de porte, prix de vente payé au locataire, au pas de porte loyer ou supplément de

(1) *G. P.*, 1887, 1-243.

(2) *D. H.*, 1934, p. 44.

loyer payé au bailleur de l'immeuble où est situé le fonds de commerce.

Abandonnons la jurisprudence pour feuilleter quelques livres de doctrine. Le *Répertoire pratique Dalloz* (1), à propos du fonds de commerce et de la clientèle qui le fait vivre, nous apprend que « la clientèle est groupée autour d'un établissement par sa situation ou son pas de porte, par le nom commercial et l'enseigne... et M. SENESSE écrit en 1932 (2) : « Ne sera-ce pas avant tout le propriétaire de l'immeuble qui, en louant à un autre commerçant, aura soin de faire payer, sous la forme de loyers plus élevés, ou de pas de porte, ou de pots de vin, la compensation de l'avantage qu'il lui procure ».

Partout nous retrouvons la même différence lorsque nous opposons la conception primitive de MARI-VAUX et de DALLOZ à la conception jurisprudentielle ou doctrinale de 1930. Il y a d'ailleurs différence non seulement dans le sens de l'expression, mais encore dans l'importance pratique, dans la place qu'on lui donne dans la vie économique. Le pas de porte n'est plus seulement ce groupe de mots mis en opposition au mot situation dans une définition au Dalloz du fonds de commerce, comme une simple explication de pure linguistique, mais une expression se suffisant à elle-même, représentant un fait matériel, cause et objet de transactions commerciales très diverses d'ailleurs.

(1) *V° Fonds de commerce* n° 7.

(2) *Propriété commerciale*, Thèse Toulouse, 1932, p.113.

Pour le commerçant qui veut s'installer, le pas de porte est la somme versée à un individu exerçant un commerce d'un autre ordre pour occuper son local et reprendre la suite non du fonds mais de l'affectation commerciale; pour le fisc : c'est la cession du droit à un bail; pour M. SABATIER et la Chambre qui le suivit le 6 février 1934, c'est « une redevance supplémentaire que le propriétaire demande en fixant le prix du loyer » et il engage ses collègues à « ne pas confondre le pas de porte, la cession du droit au bail et la vente du fonds de commerce ».

Comment expliquer cette évolution si remarquable d'une expression qui semble au premier abord se définir par les seuls mots qu'elle contient. Pourquoi cette importance soudainement attachée au pas de porte? Est-il vrai que le pas de porte soit une expression qui n'a aucun sens juridique ainsi que le déclare M. PERNOT, ou bien comme le proclame M. PIQUEMAL, à la même séance parlementaire, un fait qui constitue un abus, une spéculation de la part du bailleur louant un local moyennant 20.000 francs par an de loyer et demandant en outre 100.000 francs de pas de porte au commerçant entrant, mais qui ne constitue pas un abus lorsque c'est un commerçant qui cède à son successeur ce même pas de porte.

Autant de questions que nous nous efforcerons de résoudre dans cet ouvrage qui sera un essai d'étude rétrospective du pas de porte. En effet, nous devons noter, dès à présent, que l'importance du pas de porte a déjà dépassé son point culminant et tend à décroître,

suivant en cela la marche générale des affaires commerciales qui, pour les pessimistes, subit actuellement une crise anormale, et pour les optimistes, retourne simplement à son régime d'avant guerre. C'est que le pas de porte est lié à la vie commerciale d'une façon très étroite alors même qu'il semble s'en affranchir.

Nous étudierons tout d'abord l'évolution de la notion de pas de porte, partant de cet arrêt de 1886, précédemment cité, pour aboutir à la loi de 1925 dans le domaine de l'enregistrement et aux derniers arrêts de 1933, complétant cette étude de pratique jurisprudentielle par un exposé des différentes doctrines juridiques sur ce même point.

Notre deuxième partie est consacrée à l'étude de l'importance pratique du pas de porte au point de vue d'exploitation d'une profession mettant celui qui l'exerce en rapport avec le public. Nous examinons tout d'abord cette question au regard des professions libérales et artisanales qui utilisent le pas de porte et le cèdent dans la mesure où la loi du 1^{er} avril 1926 le leur permet, puis dans la vie des fonds de commerce où son rôle est très grand. Nous verrons alors quelles conséquences on doit en tirer, comment certains auteurs en ont déduit que le pas de porte était à lui seul le fonds de commerce et nous discuterons cette théorie. Alors que cette deuxième partie aura envisagé le pas de porte par rapport au local commercial, professionnel, notre troisième et dernière partie l'étudiera par rapport à l'immeuble dans lequel la profession est exercée.

C'est ainsi que nous verrons tout d'abord quelles conséquences entraîne la location concomitante du local et du pas de porte par le propriétaire, puis la portée d'une cession de pas de porte au locataire du magasin. Cette cession a-t-elle alors des conséquences différentes de celles d'une location, pour les parties en cause, comment peut-elle s'expliquer et quel en est le véritable but : voilà ce que fera l'objet de la fin de notre exposé.

C'est alors vraiment que nous comprendrons pourquoi le pas de porte n'eut d'importance réelle que pendant les années de prospérité qui suivirent la guerre et reprit sa place normale avec la crise actuelle.

PREMIÈRE PARTIE

Evolution de la notion de pas de porte

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION DE LA NOTION DE PAS DE PORTE

Dans cette partie nous allons étudier les diverses phases de l'évolution. Nous partons de la notion très primitive du seuil de la maison pour aboutir presque immédiatement à celle de situation de l'immeuble. Le pas de porte est la situation, l'emplacement de l'immeuble : cette notion va rester la base de toute notre première partie. En effet, plus l'évolution se déroulera, plus les définitions se différencieront jusqu'à sembler même s'opposer. Pourtant, il suffira de rechercher l'origine de chacune de ces définitions pour aboutir à ceci : les divers sens du mot « pas de porte » dérivent tous de la situation de l'immeuble comme des rameaux jaillissant d'une souche commune.

Nous verrons d'ailleurs que ces différents pas de porte n'ont eu de portée pratique que dans la mesure où on pouvait les rattacher à la situation de l'immeuble, sorte de canevas sur lequel tous se tissent.

Dès à présent nous devons préciser un point : nous étudions le pas de porte en fonction de la vente et

non de la production, dans les rapports qu'il crée entre exploitant et clients.

En effet, l'emplacement d'un local peut avoir une influence sur la qualité ou le nombre des clients d'une entreprise artisanale et grouper ainsi un pas de porte, c'est-à-dire une portion des acheteurs. Mais cet emplacement peut jouer un autre rôle, indépendant de la vente des produits, rattaché plutôt à la production même.

C'est le cas d'une entreprise industrielle ou artisanale établie au lieu même de production de sa matière première. On sait que toutes les usines de métallurgie sont groupées autour des mines de fer ou de houille afin d'avoir la matière première à un prix d'autant plus avantageux que le transport du lieu d'extraction au lieu de transformation aura été moindre.

Les scieries et entreprises de premier façonnage du bois recherchent le voisinage des grandes forêts en pleine exploitation. Les usines de production électrique ont pour siège les chutes d'eau fournissant la houille blanche dont on tend d'ailleurs, à augmenter la puissance par des aménagements appropriés.

La situation joue également un rôle important dans la production lorsque l'on considère non plus la matière première mais la main-d'œuvre. C'est le cas de toutes les dentelles : la dentelle du Puy doit être faite par des dentellières de cette région dont le travail est très différent de celui des ouvrières de Mirecourt, par exemple. De même, la toile de Gérardmer doit

sa renommée non pas tant à la qualité de son fil qu'à sa spécialité du blanchiment sur pré, habilement exploitée par l'exposition de longues bandes de tissu dans les prairies qui bordent les routes fréquentées habituellement par les touristes.

Dans tous ces cas, la situation de l'entreprise a influé sur la qualité ou le prix de revient de la production, mais elle n'a aucune répercussion sur la vente, car elle ne groupe pas, par elle-même, un nombre plus ou moins grand d'acheteurs. Ici donc on ne peut pas dire qu'il s'agisse d'un véritable pas de porte dont l'obtention fournira à l'occupant une partie de son chiffre d'affaires. Cette occupation aura pour seul résultat de le placer dans des conditions avantageuses de production et d'accroître, par cela même, son bénéfice.

Nous ne nous occuperons plus désormais de ce rôle de la situation d'une entreprise en fonction de sa production; notre étude envisageant seulement l'emplacement d'une local dans sa répercussion sur le mouvement d'affaires qu'il procure, qu'il s'agisse d'une profession libérale, d'une exploitation artisanale ou commerciale.

CHAPITRE PREMIER

ÉVOLUTION DANS LE SENS D'ACHALANDAGE

SOMMAIRE. — 1° Pas de la porte. — 2° Situation du local. — 3° Portion d'achalandage. — 4° Droit à l'enseigne et au nom.

Notre premier chapitre est limité à l'étude de l'évolution du pas de porte dans ses rapports avec la composition de la clientèle. Nous verrons que la clientèle, base essentielle du fonds de commerce peut se scinder d'abord en deux éléments : la clientèle proprement dite et l'achalandage.

A ce moment, alors que certains auteurs font, avec juste raison, une distinction dans l'achalandage, envisageant d'une part le pas de porte et d'autre part l'achalandage *stricto sensu*, d'autres, plus absolus et plus audacieux, semble-t-il, assimilent complètement l'achalandage au pas de porte. Il y a là, à notre avis, une exagération et sauf exception, la situation de l'immeuble ne constitue pas tout l'achalandage.

*

1° C'est en 1886 que nous découvrons pour la première fois l'expression « pas de porte » notée dans

un jugement (1). La situation soumise au Tribunal de la Seine est la suivante :

M^{me} veuve Prévost avait autorisé une laitière, qui venait chaque matin de sa ferme, à utiliser le seuil de sa maison pour y déposer ses pots de lait et servir ses clientes du quartier. La situation était telle lorsqu'en 1870, les consorts Etlinger louèrent le local pour y exercer une industrie. Pendant plus de quatorze ans ils acceptèrent de voir, chaque matin, à l'entrée de la maison la laitière et ses pots au lait; mais un jour, à la suite d'on ne sait quel différend, sous prétexte que, par suite du commerce croissant de la laitière, ils ne pouvaient désormais accéder que très difficilement à l'escalier qui conduisait à leur local, ils demandèrent le renvoi de la laitière. Ils l'obtinrent, « la gêne étant devenue intolérable » déclara le Tribunal de la Seine. Or, ledit tribunal, dans son jugement, parle, non pas du seuil de la maison, ni du pas de la porte, mais du pas de porte, sans chercher à le définir, considérant que le sens de cette expression est clair pour tout le monde. « Attendu que l'occupation par une laitière du pas de porte de la dite maison » voulait dire « Attendu que l'occupation par une laitière du seuil de ladite maison ».

Pendant une siècle, depuis cette pièce où MARIVAUX écrit : « J'ai rencontré près de l'hôtellerie une fille qui causait sur le pas de la porte » l'expression a donc gardé le même sens : c'est le seuil de la maison. Une évolution se marque cependant dans la forme de l'ex-

(1) Tribunal civil Seine, 31 déc. 1886; *G. P.*, 1887-1-243.

pression; on a supprimé « la »; pas « de la » porte semblait trop long pour le langage courant qui a tendance à supprimer toutes les lettres et les mots inutiles. On ne dit plus le pas de la porte mais le pas de porte et l'on dira désormais toujours « le pas de porte ». La première phase de l'évolution s'est marquée non dans le sens mais dans la forme de l'expression.

Il faut attendre 1900 pour trouver de nouveau l'expression « pas de porte » dans la jurisprudence. « Attendu que le sieur Vast a loué, pour dix-huit ans, au sieur Lefranc, une propriété à usage de charcuterie et lui a vendu sans réserve son fonds de commerce de charcuterie, comprenant la clientèle, le pas de porte, l'achalandage, matériel et installation... » (1).

L'expression « pas de porte » est enclavée dans l'énumération des éléments composant le fonds de commerce entre la clientèle et l'achalandage. Il semble donc que les juges aient entendu par cette expression un certain groupe d'acheteurs, intermédiaire entre les clients et les chalands.

En quatorze ans, la notion a nettement évoluée : de seuil de l'immeuble, elle est devenue groupement spécial d'acheteurs.

2° Pour ce faire, elle a dû passer par un stade intermédiaire que nous ne trouvons pas dans la jurisprudence mais dans quelques auteurs et d'une façon

(1) Rouen, 21 fév. 1900; *D. P.*, 1901-2-154.

preque incidente. DALLOZ dans son *Répertoire pratique* (1) nous apprend, en effet, que « la clientèle est groupée autour d'un établissement par sa situation ou son pas de porte, par le nom commercial et l'enseigne, par les droits de propriété industrielle, littéraire et par les récompenses industrielles qui peuvent lui avoir été accordées ». Dans cette longue énumération « le pas de porte » joue un rôle bien effacé, il est simplement en opposition au mot situation comme une courte définition, un commentaire très bref. Bientôt cependant, il devait nécessiter lui-même non pas une mais des définitions différentes.

En 1887, LÈBRE (2) écrit à propos d'une décision de la Cour de Rouen sur l'incorporation du droit à la jouissance des lieux dans la vente d'un fonds de commerce : « Cette doctrine a été également suivie par la Cour de Paris et paraît devoir être préférée sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où l'emplacement constitue le fonds lui-même pour ainsi dire, par suite de la faveur attachée au pas de porte et le cas où le bail n'a d'autre avantage que d'avoir été fait à des conditions favorables et à un prix peu élevé ».

Reprenons ce membre de phrase qui nous intéresse tout particulièrement « cas où l'emplacement constitue le fonds lui-même, par suite de la faveur attachée au pas de porte », et l'auteur l'oppose au bail. L'expression est assez ambiguë; l'auteur qualifie le

(1) V° Fonds de commerce, n° 7.

(2) *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, p. 80.

bail qu'il met en parallèle avec le pas de porte; voudrait-il dire que le pas de porte est un bail d'une qualité spéciale? Il ne semble pas; en 1887, le pas de porte ne signifiait pas encore le droit au bail. LÈBRE a certainement envisagé la situation de l'immeuble : « cas où l'emplacement constitue le fonds lui-même, par suite de la faveur attachée à la situation et le cas où le bail n'a d'autre avantage que d'avoir été fait à des conditions... », et alors on comprend l'opposition entre les deux membres de phrase; le deuxième cas envisagé par l'auteur est celui où le bail ne confère pas un avantage particulier quant à l'emplacement, à la situation, au pas de porte, mais quant aux conditions favorables ou au prix peu élevé.

Quoiqu'il en soit, nous devons avouer que ni la jurisprudence, ni les auteurs ne se sont étendus sur ce sens de l'expression « pas de porte ». Quelle en est la raison? C'est que ce sens est le plus courant, le plus usuel et que personne ne pense à s'étendre sur une définition que tout le monde connaît, qui se trouve d'elle-même. Seul le *Répertoire pratique* DALLOZ, sorte de dictionnaire juridique à la portée de tous, donne le sens original, la définition-type. Les commentateurs fouilleront le pas de porte, l'attireront à eux dans un sens ou dans un autre pour couvrir et étiqueter une partie d'un des éléments du fonds de commerce. Alors nous verrons le pas de porte de nouveau interprété par la jurisprudence qui cherchera la valeur juridique et la portée pratique de cette expression qui s'applique à des matières bien diffé-

rentes sans que pour cela son sens etymologique se modifie.

3° Reprenons cet arrêt de la Cour de Rouen de 1900 ; il déclare que les éléments du fonds de commerce sont la clientèle, le pas de porte, l'achalandage, etc... ; donc le pas de porte est intermédiaire entre la clientèle et l'achalandage.

Avant d'essayer de situer ainsi le pas de porte dans la masse des clients, il faudrait définir la clientèle et marquer la scission qui s'est faite dans ses éléments pour donner l'achalandage. La clientèle est l'ensemble des individus qui se fournissent dans un magasin.

Habituellement, on ne distingue pas entre les divers acheteurs, on ne cherche pas à quel mobile ils agissent lorsqu'ils se fournissent dans tel magasin plutôt que dans tel autre. On considère la clientèle comme la base commerciale du fonds : tel commerçant fait beaucoup d'affaires, il a une grosse clientèle.

La clientèle est la masse des acheteurs parmi lesquels on commence bientôt à faire des distinctions. On oppose d'abord clientèle à achalandage. La clientèle est le groupement d'acheteurs attachés au fonds (1) « par considération pour la personne du commerçant ou son habileté professionnelle, ou pas la spécialité des produits qu'il vend, ou encore par engagements spéciaux. Ils constitueront la clientèle

(1) LEFEBVRE : *Locataires commerçants et propriétaires*, Thèse Caen, 1916, p. 53.

proprement dite, attachée à l'individu qui dirige la maison de commerce où à la maison elle-même. Cet élément suivra le fonds même s'il est déplacé.

L'achalandage est constitué par l'ensemble des autres acheteurs. Les acheteurs de passage y sont assurément compris. Mais ils n'en sont, pour la plupart des commerces, ni le seul ni le plus intéressant élément. A côté des passants existe, en effet, une autre série d'acheteurs compris dans l'achalandage. Ils sont habitués à se fournir chez le commerçant comme la clientèle, mais le mobile de leurs achats est différent. Il est basé sur le lieu où le commerce est exploité ».

On distingue donc ici deux séries d'acheteurs : les clients attachés au fonds par la valeur du commerçant ou de ses produits, et les autres qui constituent l'achalandage. Mais parmi ces derniers, l'auteur fait déjà une démarcation ; il sépare les acheteurs de passage des acheteurs attachés au fonds par sa situation ; cependant, il ne les désigne pas encore sous le nom de « pas de porte ». La Cour de Rouen aurait-elle, sur ce point, fait œuvre de précurseur ?

Mais si M. LEFÈVRE, en 1926, ne donne pas encore le nom de pas de porte à ce groupe d'acheteurs amenés au fonds par sa situation, d'autres le feront. M. CHEMIN (1), expert près le Tribunal civil de la Seine, donnera cette définition : « Le pas de porte est la fraction des acheteurs amenés au fonds en raison de sa situation ». Cette formule très courte, claire et

(1) *Gazette des Tribunaux*, 19 août 1921.

précise, devait triompher et marquer un des stades de l'évolution que nous étudions.

Le pas de porte était la situation de l'immeuble ; par extension, il devient la portion des acheteurs attachés au fonds par sa situation. C'est que la situation du fonds n'est pas, en elle-même, une valeur monnayable ; elle ne possède cette valeur que dans la mesure où elle fournit au magasin une partie de ses acheteurs dont l'importance se révélera à l'acquéreur du fonds par le chiffre d'affaires annuel de la maison. On attribue donc le terme de « pas de porte » à l'élément pratique qui est, non pas l'emplacement, mais la portion d'acheteurs due à cet emplacement.

FOURNET (1), GINESTE (2), SILLARD (3) donnent cette nouvelle définition du pas de porte dans leurs thèses. LALOU la note dans une chronique (4) par opposition à la clientèle et à l'achalandage qu'il définit « acheteurs amenés au fonds par sa renommée », alors que je préférerais « acheteurs amenés au fonds par le hasard », les acheteurs amenés au fonds par la renommée rentrant plutôt dans la catégorie des clients. Les auteurs qui admettent cette définition du pas de porte la rapprochent d'ailleurs du « local goodwill » anglais (5).

(1) *Propriété commerciale*, Thèse Lille, 1925, p. 88.

(2) *Propriété commerciale*, Thèse Paris, 1927, p. 107.

(3) *Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce*, Thèse Rennes, 1932, p. 140.

(4) *D. H.*, 1931, *chronique*, p. 65.

(5) HANUS : *étude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit*, Thèse Nancy, 1920, p. 11.

Les anglais distinguent entre le « personal goodwill » dû aux qualités personnelles du commerçant et le « local goodwill » qui tient aux qualités particulières de l'immeuble, sa situation, son aménagement représentant une valeur commerciale, une possibilité d'affaires. Mais le « local goodwill » par son opposition au « personal goodwill » semble plutôt s'apparenter à l'achalandage tout entier et nous amène ainsi à cette autre signification du pas de porte : le pas de porte est l'achalandage.

Déjà M. LEFEBVRE disait que dans l'achalandage, il y a les acheteurs amenés au fonds par sa situation et les acheteurs de passage, et il ajoute pour ces derniers : « ils n'en sont, pour la plupart des commerces, ni le seul ni le plus intéressant élément ». — Sans doute ; mais encore ne faut-il pas exagérer et conclure comme lui : « la clientèle se base sur l'idée de personne, l'achalandage sur celle d'emplacement » (1).

A ce moment l'assimilation est complète entre l'achalandage et la nouvelle notion du pas de porte que nous venons de dégager. Et l'on trouvera, dans l'ouvrage de M. FOURNET (2) : « l'achalandage, le pas de porte dont jouissait le commerçant locataire lui appartenaient-ils en propre ? » comme on a trouvé dans le *Répertoire pratique* DALLOZ : « la clientèle est groupée autour d'un établissement par sa situation ou son pas de porte... »

Ceci n'empêchera pas d'ailleurs M. FOURNET, six

(1) Thèse précitée (p. 22), p. 53.

(2) Thèse précitée (p. 24), p. 86.

pages plus loin, de différencier la clientèle, l'achalandage et le pas de porte avec les mêmes définitions que M. LALOU. Mais il semble agir ainsi par un excès de recherche, un raffinement subtil, alors que c'est, au contraire dans sa première définition du pas de porte qu'il a fait preuve de hardiesse.

Dès 1910 d'ailleurs, la Cour de Caen (1) faisait la même assimilation dangereuse. Elle déclare « la valeur d'un fonds de commerce comprend deux éléments : le pas de porte et la clientèle. Si le premier disparaît par suite d'un changement de local, il n'en est pas nécessairement ainsi du deuxième ». Il oppose le pas de porte à la clientèle comme tous les auteurs opposent l'achalandage à la clientèle. C'est donc que les magistrats de Caen dès 1910 assimilaient l'achalandage à la portion d'acheteurs amenés au fonds par sa situation et lui donnaient le nom de pas de porte.

Or ceci est peut-être exagéré. Parmi les chalands, tous n'obéissent pas à la loi de l'emplacement pour effectuer leurs achats. Si certains d'entre eux fréquentent les magasins situés dans les rues où ils ont l'habitude de passer parce qu'elles se trouvent sur le chemin qui les conduit de leur domicile à leur lieu de travail, si d'autres s'approvisionnent dans les boutiques proches de leur logis ou de l'établissement où ils passent leur journée, il en est qui obéissent à une autre loi, que l'on peut appeler le hasard : c'est l'étranger qui, traversant une ville, entre dans le magasin qui lui paraît le mieux achalandé ou devant lequel il

(1) 15 nov. 1910, *Recueil*, Caen, 1911, p. 43.

s'est arrêté au moment même où l'idée de cet achat lui traversait l'esprit; c'est la ménagère qui voit, à la devanture d'une boutique, un article en solde lui paraissant très avantageux; la coquette tentée par une robe élégante et dernier cri.

Tous ces acheteurs n'ont pas obéi à la loi de l'emplacement du fonds, ni à l'attrait exercé sur eux par la personnalité du commerçant ou la marque de l'article présenté; ils ont obéi à des lois très diverses qui ne peuvent être assemblées dans un groupement spécial.

Ces acheteurs sont des chalands, des gens qui se fournissent dans un magasin ni pour son patron, ni pour la renommée de ses produits, ni pour sa situation.

Cependant, nous devons noter que le hasard qui préside aux achats de ce dernier groupe d'individus obéit lui-même à des lois, à un calcul de probabilités. Parmi ces probabilités, la situation du magasin joue un certain rôle, de second plan peut-être, mais assez réel pour expliquer les assimilations faites. Il est vrai, en effet, qu'un magasin situé dans une rue centrale, en vue d'une gare, aura beaucoup plus de ces acheteurs de hasard qu'un magasin situé dans une rue écartée ou un quartier excentrique.

L'achalandage, *stricto sensu*, dépend alors lui-même en partie de la situation du magasin, mais ce rapport reste toujours indirect et aléatoire; aussi on ne peut dire que tous les acheteurs de hasard obéissent à la loi de situation du local. Prenons l'exemple d'une auberge de village située sur une route de grande communica-

tion. Elle aura comme consommateurs les clients des alentours, mais sa situation dans une plaine sans attrait n'attirera comme chalands que les voyageurs en panne dans les environs ou des touristes fatigués d'un long parcours. Ces chalands fréquenteront l'auberge non parce qu'elle s'élève dans un cadre pittoresque, but agréable de promenade, ou qu'elle marque l'aboutissement d'une longue étape mais parce qu'ils sont en détresse au moment où elle se présente à eux alors que beaucoup d'autres automobilistes seront passés devant elle sans s'arrêter.

C'est pourquoi il est dangereux d'assimiler tous les chalands à des acheteurs amenés au fonds par sa situation. Cependant, il est des cas où le pas de porte se superpose exactement à l'achalandage, cas où la situation de l'immeuble produit toute la clientèle, ce qui se réalise, en particulier, pour les buffets de gare ou de théâtre, question que nous traiterons en détail dans notre deuxième partie.

Cela n'empêche que, d'une manière générale, ne mérite le nom de « pas de porte » que la fraction d'acheteurs amenée au fonds par sa situation. Le pas de porte se différencie ainsi de la clientèle qui est, en effet, le groupe des acheteurs amené au fonds par la personnalité du commerçant ou la qualité de ses produits ; et de l'achalandage *stricto sensu* qui comprend seulement les acheteurs dus au hasard, maintenant que le pas de porte a spécialisé une partie des chalands ordinaires.

Le groupe général des acheteurs peut se diviser alors en trois éléments ainsi étiquetés : clientèle, pas de porte, achalandage, dont l'importance réciproque variera suivant les cas et la nature du commerce exploité.

4° Nous ne pouvons clore ce chapitre sans parler de façon succincte d'une autre définition du pas de porte, rapportée par M. LALOU (1) : « le pas de porte désigne de droit à l'enseigne et au nom ». Dans aucun autre auteur, dans aucun arrêt nous n'avons trouvé cette définition du pas de porte, sauf dans le dictionnaire Larousse en sept volumes, qui définit ainsi le pas de porte : « droit à l'enseigne et au nom : boutique qui cède son pas de porte ».

Cette définition est pour le moins inattendue et n'a pas été consacrée par la pratique. Elle est due, selon M. LALOU, à ce que c'est sur le pas de la porte de la boutique que se placent ou se voient l'enseigne et le nom. Cette signification remonte donc directement à celle qu'a le mot « pas de porte » dans la pièce de MARIVAUX ; c'est dire qu'elle n'a pas subi l'évolution que nous venons de retracer. C'est sans doute à cela que l'expression a dû de ne pas prospérer en ce sens.

En effet, et c'est sur ce point que nous concluerons ce premier chapitre, seules ont subsisté comme défi-

(1) D. H., 1931, *chronique*, p. 65.

nitions du pas de porte, celles qui ont leur fondement dans la situation de l'immeuble. Elles signifient alors, dans le dernier stade en ce sens de l'évolution, la portion d'acheteurs amenés au fonds de commerce par sa situation. Mais en partant de cette même base : la situation du local, nous pouvons atteindre à un autre sens de l'expression pas de porte : le droit au bail. Car le commerçant ne jouit des acheteurs dus à l'emplacement que dans la mesure où il jouit de cet emplacement lui-même.

C'est pourquoi nous allons, dans le chapitre qui suit, étudier l'évolution du pas de porte dans le sens de droit au bail et de cession du droit au bail.

CHAPITRE II

ÉVOLUTION DANS LE SENS DE CESSION DE DROIT AU BAIL

SOMMAIRE. — 1° Bail. — 2° Droit au Bail. — 3° Cession du droit au bail. — 4° Prime au propriétaire. — 5° Synthèse des différentes définitions.

Nous avons vu dans le chapitre précédent comment le pas de porte — déformation de l'expression « le pas de la porte » — après avoir désigné le seuil de la maison, a fini par exprimer la situation de l'immeuble. Parce que la situation de l'immeuble assure au fonds de commerce qui y est exploité une partie de son achalandage, on a donné le nom de pas de porte à cette partie d'achalandage.

Dans le chapitre que nous abordons maintenant, nous allons voir que le commerçant ne profite de la situation de l'immeuble et de la partie d'achalandage qu'elle groupe que dans la mesure où le propriétaire de l'immeuble lui a assuré la jouissance d'une partie de cet immeuble par la passation d'un bail. Pour le commerçant, le bail est la concrétisation de la partie de l'achalandage qu'il retire de la situation de l'im-

meuble; il donnera alors à ce bail le nom de pas de porte, qui servait à désigner ladite partie de cet achalandage.

Le commerçant peut utiliser ce bail de deux façons différentes : ou bien en jouir personnellement par l'occupation des locaux, ou bien le céder à un tiers, car il peut, en général, librement disposer de son droit au bail et le céder seul si bon lui semble (article 1717 Code civil). — Le commerçant qui cède son fonds de commerce, cède le plus souvent en même temps son droit au bail. En ce cas, la jouissance du local est intégrée dans les éléments incorporels du fonds et ne prend ni caractère ni dénomination spéciale. Mais il arrive que le boutiquier cède seulement son droit au bail, cette jouissance du local qui assure une partie de l'achalandage indépendante de la nature du commerce exploité. Le droit au bail a fait, à lui seul, l'objet d'un contrat; il se détache du fonds de commerce dont il n'est plus un élément; il devient une entité qui prend le nom de pas de porte.

Le pas de porte est devenu la cession du droit au bail, il est payé le plus souvent au commerçant sortant, parfois au propriétaire, mais quel qu'en soit le bénéficiaire, l'état en prélève une partie par application d'une loi édictée tout spécialement pour ce nouveau pas de porte.

C'est à cette étude que nous allons nous consacrer.

*
**

1° Parce que, le plus souvent, la jurisprudence fait apparaître seulement les différents points marquants d'une évolution, sans s'attacher à en expliquer les raisons, laissant ce soin à la doctrine, nous allons tout d'abord exposer les théories de certains auteurs.

CARPENTIER (1) déclare que « l'achalandage pourra s'absorber dans le droit au bail, lorsque la clientèle est due en partie à une certaine situation de l'exploitation, au coin de rues fréquentées, par exemple, sur une place... »

En effet, dans le chapitre précédent, nous avons vu que certains auteurs, se basant sur la réalité des faits, déclarent que l'achalandage est dû en partie à la situation du fonds. Nous avons discuté, à ce sujet, les thèses qui rattachent complètement l'achalandage à l'emplacement de la boutique sans tenir compte de l'apport fourni par le hasard. Ici l'auteur rattache l'achalandage, d'une part, à la situation de la boutique et, d'autre part, au droit au bail.

Dans le cas où la clientèle, c'est-à-dire la masse de tous les acheteurs, est attirée au fonds beaucoup plus par sa situation que par la valeur personnelle du commerçant ou la qualité de ses produits, l'achalandage — moins les acheteurs de hasard — donc le pas de porte — fournira la plus grande partie du chiffre d'affaires.

Or le commerçant envisagé ne jouit de cette portion d'acheteurs que dans la mesure où il jouit de l'empla-

(1) *Répertoire du droit français, V° fonds de commerce* n° 4.

cement. Cet achalandage est rattaché à la situation de l'immeuble et le commerçant qui voudra en jouir devra s'assurer la possession du dit immeuble, ce qu'il fera par la location du local. Il jouit donc d'une partie de l'achalandage par son bail; c'est la location de l'immeuble qui fournit au commerçant la portion d'acheteurs attachés à la boutique par son emplacement. LACOUR et BOUTERON (1), ESCARRA (2), insistent sur l'importance qu'il faut attacher à ce droit au bail dans la mesure où il influe sur le montant du chiffre d'affaires réalisé par le commerçant.

Nous avons vu dans notre premier chapitre que certains auteurs, à l'exemple de M. CHEMIN, expert près le Tribunal civil de la Seine, définissaient le pas de porte comme la fraction des acheteurs amenée au fonds en raison de sa situation. Ce pas de porte n'est attaché au propriétaire du fonds que dans la mesure où son bail lui assure la jouissance des locaux où le fonds est exploité, ainsi que nous venons de le démontrer.

De là, le commerçant désignera sous le nom de pas de porte, non seulement la fraction d'acheteurs mais le bail qui lui assure cette fraction d'acheteurs. Cette extension nous semble au premier abord un peu hardie, et pourtant, elle est soutenue par des théoriciens réputés. MM. THALLER et PERCEROU (3) écrivent : « beaucoup d'établissements de ville tiennent

(1) *Précis de droit commercial*, édition 1921, n° 128, p. 82.

(2) *Principes de droit commercial*, édition 1934, p. 430.

(3) *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, édition 1931, n° 82, p. 67.

leur vogue de circonstances dans lesquelles le mérite du propriétaire n'entre pour rien : une situation de quartier détermine leur succès. La valeur du fonds est due surtout à la position de l'établissement et par là même au bail, à ce qu'on appelle quelquefois le pas de porte ».

Le pas de porte est devenu le bail parce que le bail assure la jouissance de la situation d'un immeuble et que cette situation a toujours porté le nom de pas de porte. Nous revenons donc à notre point de départ : la situation de l'immeuble qui restera d'ailleurs toujours à la base de notre développement.

Le pas de porte est maintenant le bail. M. BAYART (1) rapporte dans son ouvrage les paroles de M. THALLER à la *Société d'Etudes législatives* sur le « nantissement portant sur la clientèle, sur la valeur d'achalandage, sur l'élément permanent du fonds de commerce, sur le pas de porte » et conclut en déclarant : « qu'est-ce que le pas de porte si ce n'est le droit au bail ? ». Il interprète ainsi la pensée de M. THALLER, la complète dans le sens indiqué par l'ouvrage de MM. THALLER et PERCEROU.

2° Mais il faut cependant noter une variante : M. THALLER avait dit : « le bail » et M. BAYART reprend : « le droit au bail ».

Il y a là, semble-t-il, une légère différence que nous allons étudier. Le commerçant qui a obtenu la

(1) *Etude de la notion de fonds de commerce*, Thèse Paris, 1900, p. 236.

jouissance d'un local pendant un temps déterminé peut utiliser cette jouissance de deux façons.

Ou bien il occupera lui-même les lieux et recueillera, jour par jour, le profit du bail consenti. Mais il est alors à la merci d'événements imprévisibles, comme la destruction de l'immeuble, qui pourront anéantir sa jouissance pour l'avenir. Dans ce cas, il utilise son bail.

Ou bien il peut céder à un tiers le droit qu'il a obtenu lui-même et cela pour le temps qui lui a été consenti par le propriétaire de l'immeuble, sans tenir compte des cas de force majeure qui pourront anéantir le siège même de l'occupation. Dans ce dernier cas, il a utilisé son droit au bail et disposé d'un seul coup d'une jouissance assurée par les termes du contrat de location mais non par la vie elle-même.

En prenant à bail un local, le commerçant s'est assuré le droit d'y vivre, d'y exploiter un fonds, mais aussi, en principe (art. 1717, alinéa 1^{er}, Code civil), la possibilité de céder son bail, c'est-à-dire le droit à la jouissance des locaux qui lui a été accordée, et il pourra le faire pour le temps qui lui a été octroyé à lui-même, alors qu'il n'est pas certain de pouvoir en jouir personnellement jusqu'au terme fixé. Dans le premier cas, il utilise personnellement son bail ; dans le deuxième cas, il dispose de son droit au bail : au lieu de jouir personnellement, il vend cette jouissance.

Le résultat est différent lorsque le bénéficiaire du bail procède à une sous-location. En ce cas, en effet, il ne monnaye pas son droit d'une seule fois pour toute la durée de sa jouissance, mais il cède, jour par jour, le droit de vivre dans les locaux qui lui ont été loués.

Cette différence que nous cherchons à dégager semble un peu subtile, mais pourtant elle existe en fait (1).

Tout propriétaire loue des immeubles, il passe des baux; mais il en est certains qui refusent à leurs locataires l'autorisation de sous-louer ou de céder leur jouissance, ou encore qui restreignent cette autorisation par une clause d'agrément. En ce cas, le droit au bail n'est pas absolu, il est limité et se réduit même parfois à un simple droit d'occupation personnelle. Le droit au bail n'est plus alors le droit de disposer du bail, il est simplement un droit de jouir du bail.

3° Or, la seule façon pour un commerçant de monnayer son bail, ce n'est pas d'en jouir lui-même, c'est de le céder, de céder son droit au bail et la faculté pour le successeur d'exploiter cette partie de la clientèle attachée au fonds par la situation. Le commerçant achète, incluse dans le droit au bail, la jouissance de la portion d'achalandage dénommée pas de porte. L'acheteur s'oblige à payer un prix

(1) Rapprocher : CHAUFFARDET, *Le problème de la perpétuité de la propriété*. Thèse Aix, 1933, p. 115 et suiv.

pour obtenir le droit au bail qui lui assure la jouissance du pas de porte. En réalité, l'acheteur confond l'objet de son acquisition avec le profit qu'il retire d'elle; de là, au lieu de dire qu'il achète le droit au bail, il dit qu'il achète le pas de porte.

L'expression est alors inexacte: il achète bien la propriété du droit au bail, mais il acquiert seulement la jouissance du pas de porte: il achète le droit d'exploiter le pas de porte pendant la durée du bail en cours.

Aussi M. RICORDEAU (1) écrit-il: « certains commerçants cèdent pour le même prix leur droit au bail, avec ou sans fonds de commerce; pour ceux-ci, le pas de porte est tout, et leur clientèle proprement dite est inexistante ».

Dès 1927 (2), la jurisprudence emploie l'expression pas de porte: « le prix stipulé pour un pas de porte peut être réduit, suivant les circonstances », à propos d'une cession de bail. Une note anonyme à la *Gazette du Palais*, sous un jugement du tribunal civil de la Seine (3), cite le paiement d'un pas de porte en date du 4 janvier 1929 parmi les éléments de l'indemnité d'éviction, explique que « le pas de porte est une habitude aujourd'hui entrée dans les mœurs; les locataires en place tirent avantage, soit de la rareté excessive des locaux commerciaux disponibles,

(1) *Des droits du locataire-commerçant en cas de non renouvellement de son bail*. Thèse Rennes, 1921, p. 109.

(2) *Tribunal civil de la Seine*, 5 mars 1927, *Revue des Loyers*, 1927, p. 651.

(3) *G. P.*, 1929-I-322.

soit de la différence entre le loyer mentionné à leur bail et la valeur locative réelle de leurs locaux ». Ce qui fait l'objet d'une habitude aujourd'hui entrée dans les mœurs, c'est la cession d'un droit au bail que l'on dénomme pas de porte. Auparavant, on cédait un fonds de commerce avec la jouissance du local où il prospérait, mais non le droit au bail seul. C'est cela qui est une nouveauté pour le commentateur du jugement, mais ce qui est pour nous une autre originalité, c'est d'avoir dénommé cette cession « le pas de porte ».

Le pas de porte devait rapidement attirer sur lui l'attention de l'enregistrement, qui percevait depuis longtemps un droit sur la vente des fonds de commerce, mais ne pouvait rien récupérer sur cette vente d'un simple élément détaché du fonds de commerce pour prendre un caractère propre. En mars 1925, l'administration admettait qu'une cession de pas de porte ne donnait ouverture qu'au droit fixe des actes de commerce lorsque, constatée par acte sous seing privé, elle intervenait entre commerçants en dehors de toute cession de fonds de commerce.

Mais cela ne pouvait lui suffire, étant donné l'importance que la pratique des transactions donnait à ces cessions de droit au bail. Aussi le 13 juillet 1925 fut promulgué le texte de loi suivant :

« Toute cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, quelle que soit la forme qui lui est donnée par les parties, qu'elle soit qualifiée cession de pas

de porte, indemnité de départ ou autrement, est soumise à un droit d'enregistrement de 10 % avec addition de deux décimes institués par l'article 3 de la loi du 22 mars 1924. Ce droit est perçu sur le montant de la somme ou indemnité stipulée par le cédant à son profit. Il est indépendant de celui qui peut être dû pour la mutation de jouissance des biens loués. »

Ce texte constitue aujourd'hui l'article 357 du décret du 21 décembre 1934 portant Code de l'Enregistrement. Une double modification est à noter : le double décime fut alors incorporé au droit fixé à 12 % et ramené à 8 % par le décret-loi du 28 août 1935 dont l'application prendra fin le 31 mars 1936.

Depuis ce jour, la cession du droit au bail, qualifiée cession de pas de porte, est entrée dans la terminologie officielle.

Le pas de porte appliqué à la cession du droit au bail semble lui-même se renouveler ; il se détache de son sens originaire pour s'intégrer complètement au bail. Il devient indépendant du mouvement d'affaires du fonds de commerce, pour se rattacher directement au local où vit ce fonds de commerce.

Aussi la Cour de Rennes (1) déclare : « spécialement la valeur du pas de porte ne peut entrer en ligne de compte (pour le calcul de l'indemnité d'éviction), car appartenant au titulaire d'un bail, non comme commerçant mais comme locataire, et n'étant détachée de la propriété immobilière que comme consé-

(1) 3 février 1930, *Recueil Rennes*, 1930, p. 153.

quence d'un contrat temporaire, elle s'y incorpore de nouveau à l'expiration du contrat ».

Le pas de porte étant le droit au bail, — disons mieux: le prix de cession du droit au bail — on va s'efforcer de l'expliquer en fonction du bail, de la location de l'immeuble.

A la suite d'un jugement du tribunal civil de Saint-Etienne (1) qui refuse de compter le remboursement d'un pas de porte nouveau dans l'indemnité d'éviction, une note anonyme à la *Gazette du Palais* explique que le pas de porte est la capitalisation de la différence entre le loyer payé et la valeur locative réelle, et qu'il correspond dans la pratique à un supplément de loyer qui est touché par le locataire.

Le locataire cédant, en effet, vend dans son droit au bail non seulement la jouissance de la situation de l'immeuble pendant un temps égal à celui dont il aurait bénéficié lui-même, mais l'assurance de payer au propriétaire de l'immeuble un loyer modique par le jeu des prorogations et de toutes les lois votées depuis la guerre sur les baux commerciaux. Or, cette modicité de prix est l'élément intéressant du bail. Le bail assure au cessionnaire la situation topographique qu'il désirait — angle de deux rues très fréquentées par exemple — mais si ce bail lui est consenti à un prix avantageux, le profit qu'il en tire est encore plus grand. Il jouit d'un emplacement qu'il paiera au propriétaire de l'immeuble un prix inférieur au taux normal. Cependant ce profit ne lui est pas

(1) 10 avril 1930; *G. P.*, 1930-2-27.

assuré tout entier ; il doit en verser une partie à celui qui le lui a procuré sous forme d'une somme globale et payée en une fois : le pas de porte. Le bénéficiaire de ce pas de porte sera : le commerçant qui se retire, en cas de cession de bail, le propriétaire de l'immeuble, en cas de location directe.

Il est normal, ainsi que le déclare le rédacteur de la note précitée (1), que ce supplément de loyer revienne au propriétaire, puisque c'est lui qui assure à ses locataires la jouissance de l'immeuble.

4° Aussi nous retrouvons dans un arrêt de la Cour d'Angers du 25 octobre 1933 (2) l'appellation de pas de porte, avec la même définition, donnée à la somme versée par un commerçant au propriétaire de l'immeuble qu'il veut occuper : « Attendu que si l'on considère, ainsi que l'ont décidé les premiers juges, que ladite somme de 35.000 francs constitue un pas de porte, ce pas de porte est évidemment un élément du loyer, car le pas de porte payé au bailleur est un loyer ou un supplément de loyer, puisque le bailleur conserve la jouissance de l'immeuble, objet du contrat ; qu'en ce cas, le montant du pas de porte correspond à la capitalisation d'une partie de la valeur locative qui ne figure pas dans le loyer ».

M. SENESSE (3) écrit avec raison : « Ne sera-ce pas avant tout le propriétaire de l'immeuble qui, en

(1) Note à G. P., 1930-2-27.

(2) D. H., 1934-44.

(3) *Propriété commerciale*, Thèse Toulouse, 1932, p. 113.

louant à un autre commerçant, aura soin de faire payer sous la forme de loyers plus élevés, ou de pas de porte, ou de pots-de-vin, la compensation de l'avantage qu'il lui procure ».

Le pas de porte payé au propriétaire deviendra ainsi un usage aussi courant que le pas de porte payé au précédent occupant. Il sera versé au propriétaire en cas de reprise d'un local commercial par un autre boutiquier, mais il pourra l'être aussi en cas de création d'un fonds de commerce.

Le tribunal de commerce du Havre (1) déclare : « Une convention, malgré la qualification qui lui est donnée, ne peut constituer une location-vente de fonds de commerce, si le fonds qui en faisait l'objet n'existe pas. Mais elle peut être maintenue comme cession de pas de porte ».

Le cas peut, en effet, se présenter ainsi : un propriétaire construit un immeuble dont le rez-de-chaussée est agencé en magasin ; il loue chaque étage et en particulier ce magasin au prix qu'il veut, puisqu'il n'est tenu à aucun pourcentage par rapport aux loyers anciens, son immeuble étant neuf (2). Il semble alors qu'il ne puisse demander le paiement d'un pas de porte qui est la capitalisation d'une partie de la valeur locative, puisque dans le loyer il touche tous les arrérages de ladite valeur locative. Cependant le paiement d'un pas de porte à l'origine du fonds de commerce est possible.

(1) 9 décembre 1931, *Recueil du Havre*, 1932-1-45.

(2) Loi du 1^{er} avril 1926, article 13.

Le propriétaire assure à son locataire non seulement la jouissance d'un local mais la possibilité de vendre cette jouissance, de monnayer l'emplacement dont il bénéficie et qu'il doit au propriétaire; ce propriétaire ne peut-il demander au détenteur du local la valeur d'un pas de porte que ce dernier fera payer à son successeur alors qu'il en est seulement le bénéficiaire temporaire?

Il peut le faire et le fait. C'est pourquoi, se basant sur la pratique, M. CLAMAMUS (1) dit à la Chambre des Députés, le 6 février 1932, que « le véritable pas de porte rentre dans les frais de premier établissement qui incombent à tout commerçant qui s'installe », parce qu'il est « l'indemnité que réclame le propriétaire d'un local neuf pour permettre à un commerçant de s'y installer ».

Nous ne discuterons pas davantage ici la question de l'appropriation du pas de porte qui sera reprise plus loin. Nous n'en sommes encore qu'à l'étude de la notion du pas de porte.

Qu'il nous suffise donc de savoir, pour le moment, que le pas de porte, dans la jurisprudence de 1920 à 1935 et dans la plupart des théories doctrinales, est une valeur mobilière, qualifiée cession de droit au bail ou pot-de-vin, capitalisation d'une partie de la valeur locative d'un immeuble et que le paiement de ce pas de porte, quelle que soit la personne à qui il

(1) *Journal Officiel*, Débats parlementaires, Chambre 1932, p. 456 et suiv.

est fait, assure à l'acheteur la libre jouissance d'une boutique où il pourra exploiter le commerce qu'il voudra, une partie de son achalandage lui étant procurée par la situation même du dit local.

5° Le pas de porte est devenu le pot-de-vin payé au propriétaire, mais il n'a pas cessé pour cela d'être la cession du droit au bail payée au précédent locataire; il est les deux.

Nous devons rejeter l'affirmation de M. SABATIER à la Chambre des Député, le 6 février 1932 (1): « il ne faut pas confondre le pas de porte, la cession du droit au bail et la vente du fonds de commerce. Le pas de porte est une redevance supplémentaire que le propriétaire demande en fixant le prix du loyer ».

Où, le pas de porte est la redevance supplémentaire que le propriétaire demande en fixant le prix du loyer, mais il est aussi la cession du droit au bail. L'enregistrement ne s'y trompe pas lorsqu'il l'impose; l'article 34 de la loi du 13 juillet 1925 commence ainsi : « Toute cession de droit à un bail... quelle que soit la forme qui lui est donnée par les parties, qu'elle soit qualifiée cession de pas de porte, indemnité de départ ou autrement... ».

Mais, et sur ce point nous sommes d'accord avec M. SABATIER, il ne faut pas confondre pas de porte et vente de fonds de commerce. On tombe alors

(1) *Journal Officiel*, Débats parlementaires Chambre, 1932, p. 456 et suiv.

dans l'erreur notée par M. BAYART (1) : « demandez à un commerçant ce qu'il vend sous le nom de clientèle; il répondra: c'est le droit au bail ou le pas de porte, c'est le nom, c'est l'engagement de ne pas se rétablir ». Tout cela ne doit pas être mis sur le même plan. Lorsqu'il vend son fonds, le commerçant vend sa clientèle, ses marchandises, son droit au bail.

Sa clientèle se compose de tous les acheteurs qui fréquentent sa boutique, qu'ils soient attirés par la personnalité du marchand, ses produits ou la situation de son fonds. En plus de sa clientèle, il cède son droit au bail, mais il l'intègre dans les éléments incorporels du fonds, si bien qu'il ne lui donne aucune qualification spéciale.

Lorsqu'un commerçant cède son fonds de commerce, sa clientèle, il ne cède pas seulement son droit au bail. L'enregistrement attache une telle importance à cette différence entre une cession de bail corrélatrice à la vente d'un fonds de commerce et une cession de bail seule, qu'il assujettit cette dernière seulement au droit établi par la loi du 13 juillet 1925; quant à la première, il ne la sépare pas des autres éléments du fonds même si l'acte de vente a pris soin de la qualifier et de l'évaluer spécialement, et la frappe du droit général applicable à la transmission du fonds (2).

(1) *Etude de la notion de fonds de commerce*. Thèse Paris, 1906, p. 29.

(2) Règlement paru au *Journal Officiel* du 28 décembre 1934.

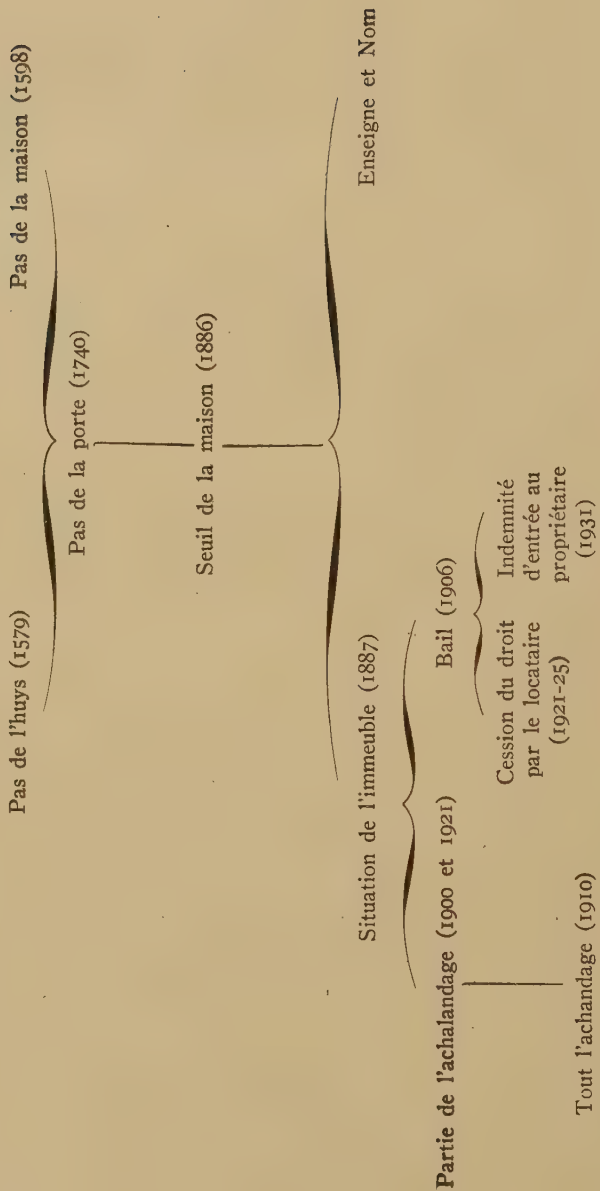
Pour nous résumer, nous pouvons dire que le pas de porte qui qualifiait au début la situation de l'immeuble est devenu le bail, le droit au bail puis la cession de ce droit au bail, vente qui peut être faite à un commerçant soit par le locataire sortant, soit par le propriétaire du local. Le passage de la notion de situation à la notion de bail s'est effectué tout naturellement, parce que le commerçant ne jouit de la situation du local que dans la mesure où il bénéficie du bail.

Cette situation lui assure d'ailleurs une partie de l'achalandage, le groupe d'acheteurs qui est attaché au fonds par son emplacement. Il achète donc dans ce pas de porte, par l'intermédiaire du bail, la portion d'acheteurs qui porte également le nom de pas de porte, comme nous l'avons vu dans notre premier chapitre.

Les deux définitions se rejoignent donc et se complètent : la situation du fonds assure une portion d'achalandage appelée pas de porte que le commerçant achète par la cession de bail, qui porte elle-même le nom de pas de porte.

Pour marquer de façon synthétique l'évolution de la notion de pas de porte, il nous suffira de la présenter comme un arbre généalogique avec ses diverses ramifications.

EVOLUTION DE LA NOTION DE PAS DE PORTE ET SES DATES IMPORTANTES



DEUXIÈME PARTIE

Le pas de porte
dans ses rapports avec l'exploitation

DEUXIÈME PARTIE

LE PAS DE PORTE DANS SES RAPPORTS AVEC L'EXPLOITATION

Jusqu'ici nous nous sommes consacrés à l'étude de l'évolution de la notion de pas de porte; nous avons vu ainsi que l'expression « pas de porte » signifiait situation d'un immeuble et que de là elle était devenue ou bien le groupe d'acheteurs amenés à un local par sa situation, ou bien le prix de cession du bail qui procurait à l'occupant la jouissance de cette situation.

Dans ce développement nous avons envisagé le pas de porte en fonction, semble-t-il, du fonds de commerce; mais là n'est pas notre intention, car la situation de l'immeuble a une importance réelle, même pour les exploitants qui ne sont pas des commerçants.

Dans la partie que nous abordons maintenant, nous allons étudier tout d'abord le pas de porte, en dehors du fonds de commerce, chercher si la situation du

local peut avoir une certaine importance pour des professions qui n'ont pas « boutique sur rue » et si en ce cas la cession du droit au bail de l'immeuble envisagé peut donner lieu au paiement d'une indemnité spéciale.

Dans notre deuxième chapitre, nous verrons que, pour le fonds de commerce, la situation du local joue un rôle très important dans le développement des affaires par le nombre des acheteurs qu'elle groupe. L'importance de ce pas de porte varie d'ailleurs en raison du degré de civilisation envisagé et de la nature des articles vendus. Le commerçant cherche alors à s'assurer la jouissance et du local et de ses chalands d'une façon absolue et presque définitive, le bail devient un élément prédominant du fonds de commerce. Mais cette importance est-elle si grande que l'on puisse en déduire que le pas de porte constitue à lui seul le fonds de commerce? Quelle est alors la portée d'une location d'immeuble faite par un propriétaire ou d'une cession de droit au bail consentie par le locataire sortant à son successeur?

L'étude de ces problèmes nous permettra de mieux définir l'importance du pas de porte dans le fonds de commerce alors que le premier chapitre aura envisagé les mêmes questions par rapport aux locaux professionnels ou artisanaux.

CHAPITRE PREMIER

LE PAS DE PORTE DANS LES PROFESSIONS NON COMMERCIALES

SOMMAIRE. — 1° Rôle pratique dans les professions libérales. — 2° Le pas de porte peut-il donner lieu à une cession dans les professions libérales. — 3° Rôle dans les professions artisanales. — 4° De quelle législation sur les loyers l'artisan relève-t-il?

Dans le chapitre que nous abordons, nous allons étudier l'importance de la situation du local pour le locataire professionnel ou artisan qui l'occupe. Nous verrons que, pour l'un comme pour l'autre, elle joue un rôle important mais que bien souvent cet avantage ne peut être monnayé par le propriétaire ou le locataire sortant, des lois générales et des règlements corporatifs s'opposant à une telle opération.

1° Etudions tout d'abord le cas d'une profession libérale, celle de l'avocat par exemple, puis nous verrons celle du médecin.

On remarque facilement que dans une ville d'une certaine importance, largement étendue, les avocats tendent à établir leur cabinet au voisinage des tribu-

naux. Pourquoi? Est-ce pour leur commodité personnelle, afin d'avoir un parcours moins long à faire pour se rendre de leur domicile au tribunal? Oui, mais là n'est pas la seule raison.

L'avocat qui s'installe a également en vue sa clientèle; or, un plaideur, qu'une affaire quelconque amène au tribunal, préfère trouver son conseil dans le voisinage. Il s'agit là, bien entendu, d'un individu ayant affaire pour la première fois à la Justice. En ce cas, lorsqu'il est averti par une citation d'avoir à se rendre chez le juge d'instruction ou à l'audience, il commence par se renseigner sur cette convocation au tribunal même.

Lorsqu'il comprend que l'assistance d'un avocat lui est nécessaire pour la défense de ses intérêts, il s'adressera au plus proche, dans l'ignorance des qualités professionnelles des divers membres du Barreau. Si, son procès terminé, il est satisfait de la façon dont ses intérêts furent défendus, il deviendra le fidèle client de cet avocat et aura recours à lui dans toute contestation.

Bien plus même, il l'indiquera à ses amis, lorsque ces derniers se trouveront dans une situation semblable, ajoutant à l'énoncé des qualités professionnelles du défenseur, ces mots: « Et puis, il habite auprès du tribunal, ce qui facilite toutes les démarches ».

Nous ne devons pas en déduire que, pour l'avocat, la situation de son cabinet joue un rôle prédominant. Sa proximité du tribunal lui amène les plaideurs

novices, mais ceux-ci ne deviennent et ne demeurent ses clients fidèles que si l'avocat a su défendre leurs intérêts. Dans le cas contraire, ils n'hésiteront pas à le quitter pour s'adresser à un autre conseil plus compétent, même si ce dernier habite dans un quartier plus éloigné du tribunal.

Le médecin prend garde, lui aussi, à la situation de son cabinet de consultation, surtout depuis quelques années. En effet, le nombre des docteurs s'accroît sans cesse alors que la clientèle demeure stationnaire. Aussi nous pouvons remarquer que le jeune docteur qui s'installe cherche à s'établir dans un quartier encore dépourvu de médecin afin d'avoir un rayon d'action libre de concurrence et une clientèle plus proche. Car il est certain que les malades préféreront faire appel au praticien le plus proche dans tous les cas un peu urgents, ne se référant au spécialiste plus éloigné qu'après une première consultation générale et ordinaire.

Si le médecin désire simplement établir une clinique, il cherchera un quartier paisible où les malades traités ne seront dérangés par aucun bruit extérieur.

Enfin il est un troisième cas possible : le débutant prend la succession d'un autre docteur et, pour ce faire, reprend le local où le cabinet de consultation est établi de longue date.

Comment le médecin et l'avocat, par exemple, pourront-ils s'assurer la jouissance d'une situation favorable ?

Ou bien par une location de l'immeuble au propriétaire, ou bien par une sous-location ou une cession du bail en cours à l'occupant actuel. L'une ou l'autre de ces opérations pourra-t-elle être affectée d'une indemnité de pas de porte, paiement de l'avantage de situation obtenu par le locataire?

2° Le propriétaire de l'immeuble sera limité quant à l'obtention d'un pas de porte, s'il est assujéti à la loi du 1^{er} avril 1926, car l'alinéa 4 de son article 11 décide que: « toutefois si tout ou partie des locaux est affecté à l'exercice d'une profession ou d'une fonction, le propriétaire sera en droit d'exiger une majoration de 125 % », et l'article 13 frappe de nullité absolue toute convention tendant à imposer au preneur un prix de location dépassant le prix licite.

Le pas de porte sera donc forcément inférieur ou égal à la capitalisation des 125 % du loyer actuel qui ne pourra alors être majoré, ou à la capitalisation de la différence entre le loyer consenti et les 125 % du loyer ancien. La Cour est d'ailleurs très ferme quant à l'application de cette loi et décide (1) qu'est passible des peines prévues à l'article 419 du Code pénal, toute personne qui, en employant pour échapper à la détermination légale du prix des loyers, l'un ou l'autre des moyens visés à l'article 13 de la loi du 1^{er} avril 1926, a conclu avec le preneur une convention mettant à la charge de celui-ci et exigeant

(1) 4 janvier 1935; *D. H.*, 1935, p. 134.

ainsi de lui, un prix de location excédant le maximum fixé par la loi... spécialement en recevant du preneur sous la forme d'une reprise de mobilier, un prix de location supérieur au prix licite, même si elle n'a fait qu'accepter les propositions du preneur ».

Dans cet arrêt, la Chambre criminelle vise spécialement le cas où l'indemnité de pas de porte est dissimulée sous le prix d'une reprise de mobilier.

Mais s'il s'agit d'un immeuble neuf ou d'une maison située dans une localité non assujettie à la loi du 1^{er} avril 1926, les exigences du propriétaire ne seront limitées que par les lois de l'offre et de la demande en matière de baux à usage d'habitation.

Quelle sera la situation de l'acquéreur s'il s'agit d'une sous-location ou d'une cession de bail? Celle-ci diffère lorsque le cédant exerce ou non une profession et même suivant la nature de la profession elle-même, quelque soit le locataire cédant, et dans la mesure où il peut exiger le paiement d'un pas de porte, il faut tout d'abord que cette indemnité ne soit pas trop élevée et ne puisse être considérée comme une spéculation illicite. Car la spéculation illicite est interdite en cette matière de baux et la jurisprudence se montre très sévère dans l'application de ce principe.

C'est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation décidait, le 18 février 1921 (1), que :

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt

(1) *S.*, 1922-1-190.

que la prévenue a tenté de céder la sous-location d'un appartement qu'elle louait 1.200 francs par an, en imposant l'achat d'un mobilier le garnissant...; que le fait d'imposer à un locataire, dans un but de spéculation illicite et surtout pour un prix reconnu excessif, l'achat d'un mobilier dont il n'a nul besoin, a pour résultat la hausse du prix du local au-dessus du taux normal », rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour de Lyon, décidant l'application de l'article 6 de la loi du 23 octobre 1919 permettant aux locataires de se pourvoir devant la commission arbitrale.

Le locataire sortant ne pourra donc, sous le couvert d'une vente de meubles contenus dans l'appartement, se faire payer la cession du droit au bail ou la sous-location qu'il a consenti. Pourra-t-il récupérer l'avantage fourni par une augmentation du prix du loyer? Il tombera alors sous le coup de l'article 1^{er}, alinéa 11, de la loi du 31 mars 1922 et devra verser à son propriétaire une partie du bénéfice réalisé sur la sous-location, ainsi que l'a décidé en particulier la Commission supérieure de Cassation le 20 octobre 1927 (1).

De toute façon, le cessionnaire du bail ne pourra donc se faire indemniser de façon excessive de l'avantage particulier qu'il procure au nouvel occupant du local.

Encore faut-il pour cela que le locataire sortant soit autorisé par sa profession à céder son droit au bail.

(1) *D. H.*, 1927, p. 543.

Nous savons déjà qu'il est interdit à toutes les professions libérales de céder leur clientèle. Le cas s'est présenté parfois pour les médecins et donne lieu à des décisions de jurisprudence concordantes (1), cette clientèle étant considérée comme « un droit incorporel qui n'est pas dans le commerce » et attachée à la personnalité même de celui qui exerce la profession plutôt qu'à la profession elle-même.

Mais du fait que la cession de la clientèle est interdite, le médecin ou l'avocat qui prend un successeur ne peut-il tourner cette interdiction par une cession du droit au bail ou du pas de porte? Cela est admis pour les médecins (2), la Cour de Paris étant en particulier très nette dans les termes mêmes de son arrêt : « Bien que, dans un acte, les parties déclarent qu'elles entendent vendre et acheter un cabinet dentaire avec sa clientèle, c'est-à-dire un droit incorporel qui n'est pas dans le commerce, le contrat est cependant valable si, en fait, les parties ont entendu se transmettre le matériel, le mobilier, le droit au bail, le droit de présentation à la clientèle et celui de prendre le titre de successeur du vendeur, alors d'ailleurs qu'il n'est pas prétendu qu'il y ait eu dol ou majoration abusive de prix ». En sera-t-il de même pour l'avocat? Non. Cette profession a des caractères très particuliers et dénie tout but lucratif. C'est ainsi qu'un avocat commet une faute professionnelle en demandant en

(1) Paris, 20 déc. 1847; *D. P.*, 1847-4-495.

(2) T. c., Châteauroux, 25 juillet 1898; *D. P.*, 98-2-255; Cour d'Appel, Paris, 20 juillet 1911; *G. P.*, 1911-2-308.

justice le paiement de ses honoraires ; si son action est recevable, du moins constitue-t-elle une infraction à la discipline du Barreau (1). A plus forte raison ne pourrait-il consentir une cession de clientèle ou même de droit au bail de son cabinet. La preuve en est qu'aucun arrêt sur la question n'a pu être recueilli depuis 1850.

Cependant, pour les uns et les autres, propriétaires d'immeubles assujettis ou non à la loi du 1^{er} avril 1926, locataires exerçant ou non une profession dans un local déterminé et cédant leur droit au bail, une opération reste possible : céder le pas de porte à l'amiable moyennant une indemnité versée de la main à la main. Mais cette cession ne pourra jamais donner lieu à un acte écrit susceptible de tomber sous le coup de l'article 419 du Code pénal sur la spéculation illicite.

En conséquence, nous pouvons dire que, si la situation du cabinet joue un rôle intéressant pour les professions libérales, et si, en fait, le locataire paie cet avantage d'emplacement par une indemnité d'entrée ou une majoration de son loyer, ce pas de porte ne sera jamais admis par la jurisprudence lorsqu'il se trouvera en contradiction avec les termes des lois sur les loyers postérieures à la guerre et en particulier de la loi du 1^{er} avril 1926 ou lorsque la profession envisagée s'opposera à une telle transaction.

(1) WAHL : *Le droit de l'avocat aux honoraires (portée des décisions du Conseil de l'Ordre)* dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1905, p. 523.

APPLETON, note. *D. P.*, 1933-2-17.

MOREL, note *S.*, 1933-2-121.

3° Passons maintenant aux artisans et voyons quel avantage donne la situation du local à la marche de ses affaires. Définissons d'abord l'artisan en le distinguant du commerçant (1). L'artisan est un travailleur autonome qui exerce un métier manuel et se livre principalement à la vente du produit de son propre travail tandis que le commerçant se livre simplement à la vente des produits tels qu'il les a achetés à un fabricant ou à un grossiste, ou, s'il est industriel, assume une tâche de direction sans travailler lui-même manuellement. Souvent, l'artisan, pour vendre le produit de son travail, a une enseigne et une boutique comme un véritable commerçant.

Dans ce cas, il est certain que le local attirera d'autant plus d'acheteurs qu'il est situé dans une rue plus commerçante. Quelle meilleure réclame pour l'artisan que de travailler sous les yeux des passants, derrière une vitrine brillamment éclairée. Mais encore faut-il qu'il y ait des passants, des badauds, susceptibles de s'arrêter devant l'étal du travailleur. En ce cas donc, et plus encore que pour la profession libérale, l'emplacement joue un grand rôle et l'artisan dans la mesure, surtout, où il a l'intention d'ouvrir boutique, cherchera un local bien situé.

4° Le propriétaire de l'immeuble intéressé pourra-t-il lui faire payer un pas de porte à l'obtention de la jouissance du local? Tout dépend de la façon dont on

(1) C'est-à-dire au point de vue de l'affiliation aux Chambres de métiers; il existe, en effet, d'autres définitions, notamment au point de vue fiscal et au point de vue du crédit artisanal.

considère la boutique ou simplement l'appartement où l'artisan crée et vend le produit de son travail. Si l'artisan est assimilé à un commerçant, le local où il vend sera commercial et les conventions portant sur le local auront le caractère de conventions commerciales, sinon il s'agira d'un simple local à usage professionnel.

L'artisan n'est pas un commerçant, mais il occupe dans la vie économique un rang très proche de ce dernier.

Il suffit pour cela de se reporter aux lois du 26 juillet 1925 et du 27 mars 1934. La première a créé et organisé des Chambres de métiers qui sont « auprès des pouvoirs publics, les organes des intérêts professionnels et économiques des artisans, maîtres et compagnons de leur circonscription » ; de même que suivant la loi du 9 avril 1898 « les Chambres de commerce sont, auprès des pouvoirs publics, les organes des intérêts commerciaux et industriels de leur circonscription ». La similitude des termes est frappante et montre à quelle identité de pensée les législateurs de 1898 et de 1925 ont obéi.

Mais là ne devait pas s'arrêter le rapprochement. Le 27 mars 1934 était institué le registre des métiers où chaque artisan doit se faire inscrire « dans les conditions prévues pour l'inscription au registre du commerce par l'article 4 de la loi du 18 mars 1919 ».

Il suffit d'ailleurs de lire toute cette loi du 27 mars 1934 pour voir à quel point elle est calquée sur la loi instituant le registre du commerce.

Dans ce cas, il semble donc que les artisans soient assez proches des commerçants et que leur statut juridique obéisse à des règles semblables. De là, les locaux qu'ils occupent pour leur travail pourront-ils être considérés comme étant simplement à usage professionnel ou d'habitation, donc limités quant au paiement d'un pas de porte par les lois sur la spéculation illicite ou devront-ils être assujettis aux lois sur les locaux à usage industriel et commercial qui admettent cette cession.

Depuis la période d'inflation qui fit suite à la guerre, deux lois très importantes se partagent la matière des baux à loyer : la loi du 1^{er} avril 1926 « réglant les rapports des bailleurs et des locataires de locaux d'habitation », et la loi du 30 juin 1926 « réglant les rapports entre locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel ».

Or la loi du 1^{er} avril 1926 déclare, dans l'énoncé de son article 1^{er}, s'appliquer au- « baux à loyer de locaux d'habitation ou à usage professionnel, sans caractère commercial ou industriel », alors que l'article 18 de la loi du 30 juin 1926 voit son dernier alinéa ainsi rédigé : « Elle (la présente loi) est applicable aux établissements d'enseignement ainsi qu'aux artisans et faconniers que les lois fiscales des 31 juillet 1917 et 30 juin 1923 ont exonérés de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ».

L'artisan est donc visé dans la loi sur les baux à loyer de locaux d'habitation comme dans celle sur la

propriété commerciale; il occupe une situation mixte, à la fois locataire d'habitation privée et détenteur d'une propriété commerciale. N'y a-t-il pas là une opposition qui empêche l'application de l'une ou l'autre loi ou de ces deux lois? La jurisprudence a su concilier les textes et effacer cette antinomie apparente.

Il nous suffira de noter les motifs d'un arrêt de la Commission supérieure de Cassation en date du 13 juillet 1927 (1) pour montrer la position prise par les magistrats : « Attendu qu'aux termes de son article 1^{er} la loi du 1^{er} avril 1926 est applicable aux baux à loyers de locaux à usage professionnel sans caractère commercial ou industriel; que, dès lors, l'artisan ou faconnier, qui n'est pas commerçant, a le droit d'invoquer le bénéfice de cette loi; que, vainement le pourvoi objecte qu'en vertu de l'article 18 de la loi du 30 juin 1926, Grenier, dont la femme artisan exerce son métier dans les lieux loués, relève de cette dernière loi; que le juge de paix était régulièrement saisi d'un litige relatif à la prorogation en vertu de la loi du 1^{er} avril 1926, applicable aux locaux professionnels sans caractère commercial ou industriel tels que ceux occupés par un simple artisan et que ne pouvait faire obstacle à sa décision sur ce point la loi du 30 juin 1926, qui vise une autre juridiction et concerne un autre objet, à savoir, le renouvellement du bail ».

Puisque le domaine de la loi du 30 juin 1926 est limité au renouvellement du bail, pour toute autre

(1) *D. H.*, 1927, p. 466.

contestation en matière de loyers, l'artisan se voit appliquer la législation en vigueur pour les professions libérales que nous venons d'étudier. De là, le propriétaire de l'immeuble ne peut majorer le local de l'artisan au-dessus du taux fixé par la loi du 1^{er} avril 1926, ni exiger une remise d'argent, de valeurs ou de cautionnement ou reprise de mobilier, puisque l'article 13 de cette même loi s'y oppose. Mais les artisans ne se voient appliquer la loi du 1^{er} avril 1926 que dans la mesure où le local a été exploité antérieurement à cette loi et situé dans une des villes déterminées par son article 1^{er}.

La législation et la jurisprudence étaient donc très nettes lorsque survint la loi du 12 juillet 1933 sur la révision du prix des loyers; elle était, en effet, applicable « aux locaux à usage commercial, industriel ou artisanal » et assimilait pour un nouvel objet l'artisan au commerçant. Le décret-loi du 16 juillet 1935 devait achever la scission non seulement entre les locaux à usage artisanal et ceux à usage d'habitation, mais entre les premiers et les locaux à usage professionnel. En effet, son article 1^{er} déclare que les loyers à usage professionnel, comme ceux à usage d'habitation, peuvent être réduits de 10 %, tandis que son article 2 spécifie que les titulaires de locaux à usage artisanal, comme ceux à usage commercial ou industriel, continuent à se référer à la loi du 12 juillet 1933.

Cette législation est sans doute temporaire comme les circonstances qui l'ont fait naître. Cependant, nous devons remarquer que la tendance nouvelle est de

séparer les locaux professionnels des locaux artisanaux, rattachant les premiers à la législation sur les locaux à usage d'habitation, et les deuxièmes à celle des locaux à usage commercial et industriel quant à la détermination du prix des loyers. De là il semblerait logique de déduire que, pour l'obtention du pas de porte, les locaux à usage artisanal se rattacheront à la législation sur les locaux à usage commercial puisque le pas de porte a pour résultat de modifier le prix du loyer payé.

Pour conclure, nous pouvons dire que, jusqu'en 1933, l'artisan, bien qu'occupant dans la vie économique un rôle très proche du commerçant, restait cependant un locataire ordinaire à l'égard duquel le paiement d'un pas de porte ne pouvait être exigé que dans une mesure licite et compatible avec la loi du 1^{er} avril 1926, aucune règle corporative ne s'opposant à une telle opération. Mais depuis la loi du 12 juillet 1933 et surtout le décret-loi du 16 juillet 1935 la situation s'est modifiée. L'artisan est assimilé au commerçant ; pour ce dernier, quelle législation devons-nous appliquer ? Le pas de porte est-il un élément important ? Quelles sont les conséquences de cette importance ? voilà ce qui va faire l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

LE PAS DE PORTE DANS LE FONDS DE COMMERCE

SOMMAIRE: *Section I.* — Importance du pas de porte dans la vie du fonds de commerce. — 1° A travers les siècles. — 2° La vie du fonds de commerce. — 3° Les différentes sortes de commerce. — *Section II.* — Le fonds de commerce s'absorbe-t-il dans le droit au bail. — 1° Location du local par le propriétaire. — 2° Cession du droit au bail par le commerçant.

Dans le chapitre que nous abordons à présent nous allons étudier le rôle du pas de porte dans le fond de commerce.

Nous allons voir quelle est l'influence de la situation du local sur la composition de l'ensemble des acheteurs qui se fournissent dans le magasin envisagé et quelle importance on doit donner au pas de porte, groupe d'acheteurs qu'elle procure, suivant le siècle auquel on se place, suivant la phase de développement du fonds envisagé, suivant le commerce étudié.

Nous verrons ainsi que toujours la situation joue un rôle important dans la vie du fonds de commerce et que parfois même on en déduisit que l'achalandage était tout le fonds de commerce; quelles en seront

alors les conséquences lorsque le propriétaire loue un local à usage de fonds ou que le commerçant établi cède son droit au bail du local.

SECTION I

Importance du pas de porte

1° L'importance pratique de la situation du fonds dans la formation de la clientèle varie avec l'époque à laquelle on se place.

Au Moyen Age, en effet, si l'on s'en rapporte au *Livre des Métiers de Paris* (1258) d'Etienne BORLEAU, on voit qu'aucun avantage particulier ne peut résulter de la situation du fonds, tous les commerçants étant tenus de s'établir dans le même quartier. Les boutiques où s'exerce un même commerce sont voisines les unes des autres, pressées dans des rues étroites et établies dans des maisons construites sur le même type, si bien que seuls l'enseigne et le nom du patron peuvent les différencier.

De plus, le rôle prépondérant dans la vie commerciale est attribué aux foires et marchés, qui sont entourés de privilèges et protégés même contre la concurrence des boutiques fixes. Chaque boutiquier ne jouit donc comme clientèle que de celle qu'il peut acquérir par ses qualités personnelles ou celles de ses produits; il ne jouit pas d'une situation particulièrement avantageuse, puisqu'il est sur ce point à parfaite égalité avec ses concurrents, tous établis dans le même quartier.

Mais il est cependant certains commerçants qui jouissent déjà d'un privilège remarquable quant à la situation de leurs étaux. Ce sont les bouchers de Paris, titulaires du droit exclusif d'«étaler» autour de l'Eglise Saint-Jacques et qui peuvent céder ce droit à d'autres bouchers. Les titulaires du privilège se contentent en général de louer leur étal et de faire argent du droit au bail qu'ils détiennent. Ce droit au bail assure à l'exploitant un avantage tout particulier, parce qu'il le met dans une situation privilégiée par rapport aux autres bouchers qui ne peuvent bénéficier du même achalandage.

Mais ce privilège était rare au Moyen-Age. La situation normale était le cantonnement par quartier de tous les commerçants du même corps de métier; chacun devait donc trouver dans ses qualités personnelles ou celles de ses produits les causes exclusives de sa clientèle.

Lorsque les corporations disparurent (1), les boutiques se dispersèrent à travers villes et bourgs et l'influence de l'emplacement grandit de plus en plus. C'est le voisinage de l'église qui est d'abord recherché surtout par les cabarets et marchands de friandises, parce que les fidèles s'attardent sur la place à la sortie de l'office et se laissent tenter, les femmes et les enfants par les pâtisseries et confiseries, les hommes par l'auberge où ils termineront la conversation commencée avec les amis.

(1) Loi du 2-17 mars 1891 de l'Assemblée nationale.

Le courrier et la poste amènent l'éclosion sur le lieu du départ des hôtels pour recevoir les voyageurs, des échopes de maréchal-ferrant et de charron pour remettre en état bêtes et voitures.

La vie se transforme, mais l'érection des boutiques suit son cours normal. Chacun s'installe là où il pense avoir la plus belle et la plus nombreuse clientèle — le mouvement se marque de façon remarquable depuis la guerre. — En effet, la grande crise que nous avons traversé de 1914 à 1918 a amené une fièvre de dépense, et de luxe qui a permis, pendant un temps, aux commerçants, de réaliser des bénéfices merveilleux. Il n'était pas rare d'entendre dire, en 1925, qu'un commerçant pouvait se retirer au bout de dix ans de travail avec une fortune équivalente, toutes proportions gardées, à celle qu'il aurait mis toute sa vie à réaliser avant la guerre. De là, tout le monde voulut être commerçant; mais encore fallait-il trouver un local. Ce fut la course à l'emplacement qui assurait un achalandage particulièrement rémunérateur.

Deux situations étaient surtout recherchées : l'établissement dans un quartier neuf où aucun commerce similaire ne s'est encore installé; la reprise d'un local placé dans un quartier très passager, à l'angle de deux rues commerçantes, autour d'une place où se fait chaque semaine le marché ou la foire. Parce que l'acheteur était possédé d'une fièvre de dépense, d'un besoin irrésistible de gaspiller ce papier-monnaie qu'il estimait sans valeur, il ne recherchait, bien souvent, ni l'amabilité d'un commerçant, ni la qualité des pro-

duits présentés, mais simplement l'occasion d'employer l'argent qu'il gagnait lui-même si vite. L'avantage était alors au magasin qui se trouvait sur le chemin de l'acheteur, à la boutique la mieux située, car l'achalandage était l'instrument le plus important du chiffre d'affaires du commerçant. A ce moment les acheteurs étaient attachés bien davantage au magasin qu'à la personnalité du marchand.

Ce fait se retrouve aussi dans un autre cas : l'établissement du fonds dans un quartier neuf où la concurrence ne joue pas encore.

2° C'est à l'étude de cette dernière situation que nous allons nous consacrer maintenant en montrant qu'en fait, dans tout local, il y a un achalandage en puissance avant même le premier acte de commerce.

Prenons l'exemple typique d'une cité ouvrière qui s'établit, d'un lotissement d'habitations à bon marché construites grâce à la loi Loucheur. On voit se créer, dans ces cas, hors d'une ville, sur le flanc d'une colline, tout un quartier composé exclusivement de petites maisons ouvrières ; si les premières habitations de ce nouveau quartier sont encore proches des boutiques de la ville, il n'en est pas de même des dernières. Celles-ci sont éloignées de tout commerce et l'éloignement leur est encore plus sensible du fait que bien souvent aucune ligne de tramway, aucun autobus ne les relie au centre de la ville.

Il ne fait pas l'ombre d'un doute que le premier commerçant qui viendra s'installer dans ce quartier

neuf est assuré, avant même l'ouverture de son magasin, d'un achalandage d'autant plus important que les articles vendus seront des objets plus nécessaires à la vie journalière des habitants du voisinage.

En 1901, déjà M. GOMBEAUX (1) déclarait : « Si le fonds de commerce ne suppose pas nécessairement une clientèle habituelle, il implique toujours, au moins à l'état embryonnaire, un achalandage, c'est-à-dire une chance d'opérations commerciales, une possibilité d'affaires plus ou moins marquée et qui est déterminée par les différents facteurs dont nous avons parlé et, à défaut de toute autre circonstance spéciale, par la situation même de la maison de commerce ».

« Il suffit qu'un établissement ait été fondé pour que cette valeur apparaisse, en effet, avant qu'aucune opération ait été conclue, il existe déjà en sa faveur une chance, une probabilité d'affaires, dont l'existence est si peu douteuse en fait, que, si une cession intervient avant toute exploitation du fonds de commerce, il en sera tenu compte dans le prix convenu entre les parties, aussi bien que de tout autre élément de l'entreprise cédée ».

M. RICORDEAU (2), dans une formule plus courte mais plus ferme encore, soutient la même thèse : « l'achalandage, écrit-il, apparaît comme une qualité inhérente à l'immeuble. Elle tient à son emplacement et existe virtuellement à l'état latent, même avant

(1) *Nature juridique du fonds de commerce*. Thèse Caen, 1901, p. 75.

(2) *Des droits du locataire-commerçant en cas de non-renouvellement du bail*, Thèse Rennes, 1921, p. 110.

l'installation du commerçant, et l'ouverture d'un magasin ne crée pas plus l'achalandage que la mise en culture d'une terre ne crée sa fertilité ».

En effet, la fertilité de la terre est naturelle et tient à la composition du sol. Le rôle du fermier est de renforcer cette fertilité naturelle par une culture appropriée, mais il est certain que les résultats dépendront tout autant des qualités naturelles de la terre que de celles du cultivateur. De là, on peut dire que, à travail égal, le rendement de deux champs de composition géologique différente sera proportionnel à leur fertilité naturelle. De même, l'achalandage d'un fonds de commerce est naturel et tient à la situation topographique du fonds; le rôle du commerçant sera de transformer en clientèle personnelle l'achalandage naturel, mais cette clientèle, quelles que soient les qualités de l'exploitant, sera toujours fonction de l'achalandage de base.

De là on peut déduire qu'il existe, ainsi que le dit M. BERCOT (1) « de par la situation de l'immeuble une clientèle toute prête qui attendait l'ouverture d'un fonds pour se manifester et lui créer un achalandage imposant ».

Nous avons pris plaisir à transcrire quelques pages d'ouvrages échelonnés entre 1901 et 1933, affirmant l'importance de la situation de l'immeuble dans la formation de l'achalandage d'un fonds nouvellement établi pour réfuter plus facilement la thèse opposée

(1) *La cession des fonds de commerce au point de vue économique*, Thèse Paris, p. 105.

soutenue par M. BEDOS (1). Pour lui « le fonds de commerce, à son origine, n'est pas achalandé. C'est le commerçant et lui seul qui fait sa situation florissante. L'achalandage n'est donc pas une qualité inhérente au fonds, puisqu'il est fonction de l'attitude du commerçant ». Et plus loin, « l'achalandage reste l'œuvre exclusive du propriétaire du fonds » Ceci est une erreur. Le commerçant, en arrivant, a trouvé des acheteurs qui constituaient l'achalandage; par ses qualités personnelles, il les a transformés pour la plus grande partie en clients; mais tous ne sont pas devenus des clients. Qu'un autre commerçant concurrent vienne s'établir dans le voisinage, le premier perdra une partie non de ses clients mais des acheteurs attirés seulement par la situation du fonds. A l'inverse, si le commerçant envisagé cède son fonds, le successeur trouvera immédiatement comme acheteurs, les chalands qui n'ont pas suivi le propriétaire du fonds mais sont restés attachés au fonds lui-même, et c'est pourquoi la conclusion de M. BEDOS reste juste malgré l'erreur commise dans ses principes de base. Le commerçant n'a pas attiré le public ainsi que l'auteur le prétend, mais il est vrai que « celui-ci ne le connaît qu'accidentellement et ne connaît que l'emplacement du magasin ».

3° Cette importance donnée à l'emplacement varie d'ailleurs avec le commerce envisagé.

(1) *Droit au bail et propriété commerciale*, Thèse Montpellier, 1925, p. 130.

Il est certain qu'une épicerie, une boucherie sont assurées d'un achalandage important lorsqu'elles s'établissent dans un quartier ouvrier dépourvu de ressources de ce genre, alors qu'un magasin de vêtements ou de meubles y fera faillite.

Les objets de consommation, pour la plupart, ne se prêtent pas à la concentration. La nourriture, premier besoin de l'homme, exige que le marchand soit à proximité du consommateur pour que ce dernier puisse acheter chaque jour, à l'heure qui lui convient, les marchandises nécessaires. Ce consommateur est plutôt un chaland qu'un client.

Les commerces de gros, au contraire, servent d'intermédiaires entre le fabricant et les détaillants; ils seront tous groupés autour de la gare ou du port d'arrivée des bateaux. Leurs affaires sont dues à une clientèle personnelle et non pas à un achalandage.

Il est des exploitations où tout le chiffre d'affaires est fourni par l'achalandage; ceci leur donne un aspect particulier tel que parfois on leur refuse même la qualification de fonds de commerce. Il s'agit plus spécialement ici des buffets de théâtre ou de gare dont nous allons étudier la situation si originale.

Prenons d'abord un buffet de théâtre : ce buffet est un comptoir installé à l'intérieur de la salle de spectacle, près du vestiaire ou du promenoir; il se complète d'un certain nombre de vendeuses qui, évoluant dans la salle, offrent leur marchandise aux spectateurs. Les acheteurs sont pris uniquement parmi les gens qui sont venus au théâtre pour le spec-

tacle : ce sont des clients du théâtre mais des chalands du buffet.

Dans ce cas, la tenancière du buffet ne peut prétendre à la création d'une clientèle personnelle, elle jouit d'un achalandage attaché à la situation de son exploitation. Il résulte de ceci que la jurisprudence lui refuse le bénéfice de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale et dénie à l'exploitation la qualité de fonds de commerce. « Attendu qu'un fonds de commerce ne peut exister sans un achalandage et une clientèle qui lui sont propres; que cette condition ne ne trouve pas remplie dans le cas d'un buffet installé dans une salle de spectacles et dont l'exploitation est subordonnée à celle de la salle de spectacle elle-même » (1).

Ce jugement est loin d'être exact dans ses conclusions; que le tenancier d'un buffet de théâtre ne puisse invoquer la loi du 30 juin 1926, cela est possible. Cette loi a été votée pour protéger les commerçants qui ont amené une clientèle personnelle à un fonds; mais encore faut-il que le fonds soit susceptible d'avoir une clientèle attachée à l'exploitant. Notre cas est différent : il n'y a pas de clientèle personnelle; la tenancière du buffet ne pourra se plaindre, à son départ, de perdre une clientèle qui lui était personnelle, elle a perdu la clientèle du théâtre seulement.

Cela n'empêche qu'elle doit être protégée dans son exploitation; elle a acquis le droit de vendre dans le

(1) *Tribunal civil de la Seine*, 17 mai 1933; *D. H.*, 1933, p. 390.

théâtre, moyennant un bail qui lui garantit la clientèle possible de la salle pendant la durée de son bail. Elle ne pourra être renvoyée du local avant l'expiration du terme prévu sans une indemnité; d'autre part, elle pourra s'élever contre l'établissement d'une exploitation concurrente dans le même théâtre car, le prix et les conditions du bail lui ont assuré le monopole de l'exploitation de la clientèle de la salle.

Cette situation se retrouve pour les buffets de gare avec d'ailleurs une légère variante. La jurisprudence a évolué de façon remarquable sur ce point : en 1913, elle déclarait que les buffets de gare étaient des fonds de commerce; depuis 1923, elle leur refuse cette qualité.

Reprenons donc ces différents arrêts pour en faire l'étude et la discussion. Le 22 novembre 1913, le Tribunal de commerce de la Seine (1) déclarait que : « constitue un fonds de commerce l'exploitation d'un buffet-buvette-hôtel d'une gare dont l'exploitant a 1° un bail avec la Compagnie, encore bien que ce bail contienne une clause obligeant l'exploitant, en cas de cession, à faire agréer le cessionnaire par la Compagnie; 2° une enseigne, et 3° un achalandage constitué non seulement par la clientèle de la gare, mais encore par une clientèle totalement étrangère au trafic des voyageurs, venant du dehors et si importante qu'elle a pu, dans un contrat de cession dudit fonds, motiver l'insertion de la clause habituelle de garantie... »

(1) *Journal des tribunaux de commerce*, 1915, p. 210.

Ce jugement comporte deux affirmations très importantes. Le buffet de gare jouit : 1° d'un achalandage (pris dans le sens général de consommateurs) constitué par la clientèle de la gare et par la clientèle extérieure; 2° d'un droit au bail. Voyons d'abord la question clientèle.

Le buffet de gare jouit d'un achalandage grâce à sa situation très particulière et d'une clientèle personnelle. Il est vrai que cette clientèle personnelle est le plus souvent à peu près négligeable, bien qu'elle tende à devenir plus importante de nos jours. A l'origine, en effet, les voyages à longue distance étaient coupés d'arrêts nombreux dans les gares d'embranchements, gares importantes, non parce qu'elles donnaient accès à une ville commerçante mais parce qu'elles étaient le nœud d'un grand trafic ferroviaire. Dans ce cas, les voyageurs déposés avaient pour seule ressource de prendre leur repas au buffet de la gare : l'exemple le plus typique dans notre région est celui de la gare de Blainville-Damelevières entre 1918 et 1924. A ce moment, le réseau de l'Est était encore mal relié à celui d'Alsace et toute la contrée était en pleine reconstruction. Le buffet de Blainville eut, pendant quelques années, un achalandage remarquable, ceci pour deux raisons : les trains y marquaient des temps d'arrêt supérieurs souvent à une heure, les correspondances entre les réseaux étaient difficiles; d'autre part, la gare de Blainville n'était encore entourée que de rares baraques Adrian, pas d'hôtel sauf le buffet de la gare.

Mais, si aujourd'hui, on regarde la situation de ce même buffet, on voit qu'elle s'est beaucoup transformée : autour de la gare, des hôtels se sont établis, aussi le voyageur qui a une heure d'arrêt, ira prendre ses repas dans l'hôtel où la cuisine sera la meilleure, la distance à parcourir se réduisant à une centaine de mètres. D'ailleurs, il n'y aura pas beaucoup de voyageurs pour s'arrêter à Blainville ; les correspondances sont assurées dans le minimum de temps et les trains effectuant un long parcours sont accompagnés d'un wagon-restaurant : le buffet de gare de Blainville-Lamelevières ne subsiste en grande partie que grâce à sa clientèle personnelle.

Nous avons pris l'exemple de cette gare parce qu'elle nous a semblé, pour ceux qui connaissent la région, illustrer de façon toute spéciale, notre discussion. Le buffet de gare jouit donc, de façon générale d'un achalandage et d'une clientèle dont les proportions réciproques varient suivant l'importance de la gare et de la ville.

D'autre part, déclare le jugement précédemment cité « le buffetier bénéficie d'un bail » (1). Cette seconde affirmation est-elle exacte ? En réalité, l'Etat ou la Compagnie intéressée octroie à un particulier pour une durée déterminée et moyennant un prix fixé, un local à usage de buffet. Jusqu'ici l'opération s'analyse comme une location. Mais un bail de droit privé ne être résiliée « ad nutum » par l'une des deux parties et d'autre part, le locataire peut, en règle générale,

(1) Voir *supra*, p. 75.

céder son bail à un tiers. En est-il de même pour le buffetier ?

Nous nous élevons tout d'abord contre les termes d'un jugement du Tribunal civil de la Seine (1), déclarant que « le buffet étant compris dans le domaine public, ne peut faire l'objet d'un bail ; la convention intervenue entre la Compagnie et l'exploitant est une simple concession à titre précaire et révocable ». Or en fait la concession est un contrat dont la révocation obéit à des causes précises et nettement définies dans le cahier des charges, de même que dans la rédaction d'un bail de droit privé, toutes causes de résiliation sont limitativement fixées. La doctrine, la jurisprudence et les termes mêmes des contrats de concession concordent sur ce point.

La doctrine déclare unanimement que la concession est essentiellement un contrat synallagmatique, donc ne pouvant être rompu unilatéralement. Pour M. DUGUIT (2) « ce qui caractérise la concession est qu'elle est faite pour une durée déterminée, pendant laquelle l'administration est liée... Quand la concession est retirée, c'est seulement en application de la clause contractuelle de résiliation ». M. BERTHELEMY (3), de son côté affirme que « l'administration est engagée pour un temps déterminé ; pour le même temps, le concessionnaire est lié envers elle » ; tandis que

(1) 1^{er} juin 1929 ; *D. P.*, 1929-2-135 ; adde : trib. civ. de la Seine, 6 novembre 1934 ; *D. H.*, 1935, p. 61.

(2) *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, 1930, t. III, p. 376.

(3) *Traité de droit administratif*, 12^e édition, 1930, p. 504.

M. TROTABAS (1) soutient que « la révocation d'une concession n'est possible que dans la mesure des prévisions contractuelles, ou, ce qui revient au même, de l'intervention du juge ». — La jurisprudence est aussi nette; un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 7 juin 1918 (2), déclare en effet que : « la résiliation d'un contrat de concession ne saurait être prononcée à l'encontre d'un concessionnaire, si les faits d'inexécution allégués par la commune concédante ne représentent point un caractère de gravité suffisant pour justifier la résiliation. Et si la résiliation a été prononcée une indemnité est due au concessionnaire ».

Ces affirmations sont confirmées d'ailleurs par les termes d'un contrat passé par la Compagnie des chemins de fer de l'Est, le 30 janvier 1935, qui décide dans son article 14 que « la Compagnie se réserve expressément le droit de retirer la présente concession, soit dans le cas où le service ne serait pas fait à son entière satisfaction, soit dans le cas où elle envisagerait, pour une cause quelconque, la suppression du buffet ».

La concession n'est donc pas révocable « *ad nutum* »; il faut toujours une cause déterminée qui peut être soit la mauvaise gestion du buffetier, soit l'expropriation de l'immeuble, mais l'une de ces deux là seulement.

La Compagnie n'est donc pas libre de rompre

(1) *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Thèse Paris, 1924, p. 123.

(2) LEBON, 1918, p. 547; *Commune de Graville, Société Honorine contre Delaunay*.

comme elle le veut le contrat; bien plus même, elle ne peut en modifier l'objet. C'est avec juste raison qu'un jugement du tribunal civil de Toulouse du 23 octobre 1913 (1) déclare que la Compagnie « ne peut, à moins de stipulation contraire dans le contrat, et sans s'exposer à des dommages intérêts, établir dans ses trains des wagons-restaurants qui peuvent, dans une certaine mesure, concurrencer le buffet ». Ce jugement reprenait d'ailleurs la jurisprudence de la Chambre des Requêtes énoncée dans un arrêt du 28 octobre 1895 (2), dont les termes sont particulièrement nets et caractéristiques: « Les compagnies de chemins de fer sont, comme toutes autres personnes, soumises, quant aux conventions qu'elles passent avec des tiers, aux obligations qui naissent du contrat ou de la loi. Notamment, en matière de bail, elles sont tenues envers leurs locataires, sauf le cas de force majeure et les réserves insérées au contrat, de la garantie qu'impose au bailleur l'article 1719 du Code civil. Par suite, la compagnie qui a donné à bail le buffet d'une gare moyennant un loyer annuel, doit garantir son locataire du trouble qu'elle lui cause par son fait personnel en installant dans un train s'arrêtant à cette gare un wagon-restaurant qui fait concurrence au buffet ».

Le buffetier a donc la jouissance temporaire d'un fonds de commerce suivant une concession dont les

(1) *Moniteur juridique de Lyon*, 24 mars 1914.

(2) *S.*, 1896-1-293.

caractères sont semblables à ceux d'un contrat de bail passé entre particuliers privés. Il est donc un commerçant comme tout hôtelier, puisqu'il jouit d'un local commercial qui lui est assuré par le contrat passé avec la compagnie, et qu'il exploite une clientèle se composant de chalands attachés à l'immeuble et de clients strictement personnels. Le tenancier du buffet devra défendre son achalandage et sa clientèle: il défendra sa clientèle en exigeant du tenancier cédant la promesse de ne s'intéresser ni directement, ni indirectement, dans un rayon déterminé, à un commerce semblable. Il veillera à conserver la plus grande partie de son achalandage, ou pas de porte, dont il a payé la jouissance à la compagnie, en exigeant de cette dernière l'observation de la garantie posée par l'article 1719 du Code civil.

Mais pourra-t-il céder cette jouissance ? Suivant M. CARAYON (1): « Sous sa forme la plus générale, toute concession présente un double caractère; elle est à la fois un droit que son titulaire peut utiliser dans son intérêt particulier et une fonction qui lui est confiée pour réaliser une œuvre d'intérêt général. Comme droit, la concession est cessible par nature comme tout bien mobilier ou immobilier. Son titulaire peut la transmettre pour des fins privées sous les conditions que détermineront un traité de cession ». Mais comme une question d'*intuitus personae* intervient, il faut « le consentement préalable de l'autorité concédante ».

(1) *La cession des concessions et des permissions*, Thèse Paris, 1934, p. 5.

C'est d'ailleurs ce que soutient le jugement du tribunal de commerce de la Seine (1) qui, certainement, se base sur les termes mêmes du contrat de concession en litige.

Mais depuis la guerre, les Compagnies de chemins de fer ont modifié les termes de leurs contrats. C'est ainsi qu'aujourd'hui l'article premier de ces concessions est ainsi conçu : « La Compagnie concède à M. X..., qui accepte et s'engage à l'assurer personnellement et exclusivement, la gérance, à partir du 1^{er} janvier 1935, du buffet de la gare du chemin de fer, à Epinal...; la présente concession est faite pour trois années », et que, bien plus, en cas de remplacement par un autre buffetier, « le concessionnaire ne pourra, en aucun cas, demander à son successeur une indemnité pour cession du fonds de l'établissement ».

Le buffetier ne peut donc céder la jouissance dont il est bénéficiaire, et cette interdiction joue le rôle de la clause prohibitive de sous-location ou de cession de bail que l'on trouve parfois dans les contrats de bail de droit privé.

Nous pouvons donc résumer tout cet exposé sur les buffets de gare en déclarant que le buffetier est un concessionnaire astreint à des causes de révocabilité purement contractuelles; il jouit de l'achalandage fourni, pendant toute la durée fixée par le contrat, et peut en exiger judiciairement l'exécution par la Compagnie.

(1) Voir *supra*, p. 75.

Cependant malgré la doctrine dominante, il ne peut céder son droit de jouissance, les termes du contrat de concession s'y opposant. La concession a donc tous les caractères principaux d'un contrat de bail de droit privé.

Mais comme le buffet de gare doit sa prospérité et son chiffre d'affaires à son achalandage bien plus qu'à sa clientèle, nous admettons la conclusion du jugement du tribunal de la Seine précédemment cité: « Le tenancier n'a pas droit au bénéfice de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale » (1), car lorsque la source des revenus d'une exploitation commerciale, c'est-à-dire la clientèle, le maintien à un niveau sensiblement constant du courant d'acheteurs, de clients, n'est pas due à l'activité du commerçant, la loi sur la propriété commerciale n'a pas de raison de s'appliquer.

En fait, et c'est par là que nous allons conclure notre étude sur cette question, les buffets de gare et de théâtre surtout doivent leur chiffre d'affaires à un achalandage fourni par leur situation bien plus qu'à une clientèle attachée à la personne de l'exploitant.

Le rôle du buffetier est alors de chercher à conserver cet achalandage attaché au local, le faire fructifier et en tirer profit. Mais il ne peut agir ainsi que dans la mesure où il a la jouissance du local, pour la durée fixée par son contrat de concession.

Or, nous avons vu précédemment que tout com-

(1) T. c. Seine, 10 juin 1929; *D. P.*, 1929. II, p. 135, précitée p. 78.

merce quel qu'il soit doit une partie de sa prospérité à son emplacement; le droit au bail sera donc toujours un élément important du fonds de commerce.

Cette affirmation est patente et il semble qu'il n'y ait pas besoin d'explications complémentaires sur ce point. Parfois cependant on a discuté cette importance sous prétexte que certains commerces ne reposent pas sur une base fixe.

Pourtant s'ils n'ont pas de local, les commerces envisagés ont des lieux d'exploitation sérieusement établis. Prenons le cas des marchands forains, qu'il s'agisse de commerces utiles ou d'attractions foraines; chacun a son rayon d'action fixé à tout jamais, d'une part, grâce à une autorisation renouvelable chaque année accordée par l'administration propriétaire du terrain et, d'autre part, grâce à une convention passée avec ses concurrents, afin de conserver à chacun le même rayon d'action spécial et perpétuel.

Il y a donc, pour ces nomades, non pas un lieu d'exploitation mais des lieux d'exploitation fixes, si bien que les habitants d'une ville sont assurés de retrouver chaque année au même endroit de la foire d'attractions, le cirque ou la ménagerie qu'ils ont l'habitude d'y voir; de même qu'ils sont assurés de retrouver, chaque jour, au même endroit de la rue la plus commerçante, le café ou la pâtisserie qu'ils ont coutume de fréquenter.

Ainsi même dans les cas où aucun local ne situe de façon effective la base d'un fonds de commerce, il y

a une localisation effective qui est nécessaire aussi bien pour retenir les clients attachés à l'exploitant que pour attirer les chalands qui passent. Aussi il n'est pas étonnant, comme le dit M. CENDRIER (1), que le bail soit un des éléments qu'on retrouve le plus fréquemment dans le fonds de commerce.

Tous les auteurs classiques s'attachent d'ailleurs à noter le rôle joué par le bail dans la vie du fonds de commerce: LYON, CAEN et RENAULT (2) écrivent: « Le droit au bail est aussi un élément très important, car le déplacement du fonds peut diminuer notablement la clientèle ou l'achalandage. C'est là une des causes qui rendent très désirable, pour un commerçant, le renouvellement du bail ». De son côté, ESCARRA (3) soutient que, dans le commerce de détail surtout, le droit au bail sera l'élément prépondérant du fonds, parce que la valeur du fonds de commerce visé réside surtout, dans l'espèce, en cet élément.

Dans les thèses, nous trouvons des affirmations semblables. DUVIGNEAU (4) écrit: « En général, d'ailleurs, le droit au bail est une des principales causes de l'extension du premier élément que nous avons étudié; il sert de support à la clientèle qu'il crée, qu'il groupe et qu'il stabilise. Les clientèles les plus fidèles, en effet, sont celles qui sont dues à la

(1) *Le fonds de commerce*, 1926, p. 62.

(2) *Manuel de droit commercial*, 1928.

(3) *Principes de droit commercial*, 1934, p. 430.

(4) *Le régime fiscal des ventes de fonds de commerce et d'industrie*, Thèse Bordeaux, 1912, p. 27.

situation de l'entreprise commerciale, car cette situation est l'élément le moins variable, le plus assuré du fonds ».

M. BEDOS (1) conclut un exposé du même genre par ces mots : « Le droit au bail est l'âme même de la situation du commerçant ».

Nous pouvons remarquer, à ce sujet, pour quelle raison les auteurs attachent une telle importance à ce droit au bail. C'est que, d'une part, la situation du local attire un certain nombre d'acheteurs et, d'autre part, la subsistance à un lieu donné conserve la clientèle due aux qualités personnelles du commerçant et que, ainsi que l'indique M. SILLARD (2), « si le commerçant devait le quitter (le local) pour aller s'installer à quelque distance de là, sa clientèle ne suivrait pas. Il en est surtout ainsi dans toutes les entreprises où les contacts avec la clientèle sont nombreux mais de peu d'importance pécuniaire chacun ; si le commerçant est obligé de déplacer son exploitation de quelques centaines de mètres, il perdra ses clients » (Il serait préférable de dire « ses chalandes »).

Le bail est donc un élément très important du fonds de commerce, un élément primordial dont le commerçant voudra s'assurer la jouissance lors de son achat du fonds et conserver aussi longtemps

(1) *Droit au bail et propriété commerciale*, Thèse Montpellier, 1925, p. 85.

(2) *Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce*, Thèse Rennes, 1932, p. 140.

qu'il lui sera nécessaire pour la bonne marche de ses affaires.

Tout d'abord, lorsqu'un individu achète un fonds, il a soin de s'assurer, en même temps, la jouissance du local afin de pouvoir jouir de l'achalandage attaché à cet immeuble et de la clientèle du propriétaire, qui ne lui conservera la confiance mise dans le commerçant précédent, que dans la mesure où le successeur travaillera dans la même boutique.

Les tribunaux attachent d'ailleurs la même importance à la cession concomitante du fonds et du droit au bail; ils considèrent même parfois la cession du bail comme une condition nécessaire de validité pour la vente du fonds de commerce.

C'est ainsi que le tribunal de commerce de Nantes (1) déclare que « le droit au bail fait partie intégrante de la vente d'un fonds de commerce; la vente doit donc être résiliée si le vendeur ne peut assurer la transmission du bail à l'acheteur ».

Si, d'autre part, le contrat de vente du fonds a gardé le silence sur le droit au bail, il « doit être considéré comme un élément indivisible du fonds dont il n'est point possible de le séparer, et la cession de ce droit est réputée comprise dans la vente », ainsi que l'affirme la Cour de Lyon (2).

La jurisprudence est donc très nette sur ce point. Du fait qu'un commerçant acquiert un fonds, il acquiert en général, en même temps, le droit de

(1) 8 août 1896 *Recueil*, Nantes, 1896-1-338.

(2) 18 décembre 1920, *Moniteur judiciaire*, Lyon, 18 avril 1921.

l'exploiter dans le local de son prédécesseur. Si le droit au bail a été omis involontairement, on le suppose inclus dans la cession; s'il a été omis volontairement par l'une des parties, on tend à résilier la vente.

Il faut réserver cependant le cas où les deux parties sont d'accord pour exclure le droit au bail de la vente du fonds de commerce. Ceci peut se présenter lorsque l'acheteur a eu en vue la fusion d'un fonds qu'il possédait déjà avec la raison sociale, l'enseigne ou la marque déposée d'un concurrent; le local ne l'intéressait pas, seul le fonds et ses qualités spéciales lui importaient, ou bien encore lorsque le commerçant ne peut éviter la translation du fonds, soit que le bail soit expiré et que le propriétaire exerce les reprises, ou bien encore parce que ce dernier n'auto-rise pas la cession du bail.

Ceci est d'ailleurs l'exception, et le cas le plus fréquent est la concomitance de la vente du fonds et de la cession au bail portant sur le local où le fonds a prospéré, car ce droit au bail demeure un élément essentiel du fonds. Mais de là doit-on en déduire que le bail a la valeur du fonds tout entier et que sa cession équivaut à la vente du fonds lui-même?

SECTION II

Le fonds de commerce s'absorbe-t-il dans le droit au bail?

La question se dédouble :

1° Le propriétaire qui loue à un commerçant, qui, par conséquent, donne au locataire la jouissance du pas de porte, donc d'un achalandage, loue-t-il un fonds de commerce? 2° La cession d'un bail commercial équivaut-elle à une cession du fonds de commerce?

1° La première question ne se pose pas lorsque le fonds de commerce était établi précédemment et que le propriétaire loue le local à un successeur du commerçant en place.

Il est certain que seul le commerçant cédant peut réclamer le prix du fonds; le propriétaire pouvant simplement exiger le prix de l'achalandage dont l'acquéreur va jouir pendant la durée du bail et qui est dû, comme nous l'avons déjà dit, à la situation du local. —

Il y aura donc double achat possible: achat du fonds au commerçant sortant, achat de l'achalandage au propriétaire.

Mais la situation ne sera-t-elle pas différente lorsque le propriétaire loue pour la première fois un local à usage de fonds de commerce? Il est certain que le propriétaire a eu en vue, tant dans la construction que dans l'aménagement de son local, la

création et l'établissement d'un fonds de commerce. Il a obéi, pour ce faire, à des lois économiques particulières. Il a placé son immeuble dans une rue très fréquentée, à l'angle d'une place commerçante; il a prévu des locaux vastes, richement aménagés pour permettre l'installation d'un magasin de luxe. Si sa construction s'élève dans un nouveau quartier populeux, ses locaux seront moins grands mais plus nombreux, afin de permettre l'établissement de commerces de première nécessité; parfois même, il aura aménagé la boutique de façon à la rendre propre à un commerce déterminé : boucherie, café. Dans l'un et l'autre cas, il a eu en vue la qualité spéciale de l'achalandage, du pas de porte.

Il est certain qu'il a ainsi provoqué la création d'un fonds de commerce dont il a même pu prévoir la spécialité. Il a suscité un achalandage, provoqué la création du pas de porte spécial à la situation de son immeuble. Aussi nous repoussons la thèse de M. LEFEBVRE (1) qui dénie le but commercial du constructeur.

Tout en reconnaissant que « parfois, le propriétaire, en vue de telle installation commerciale, a payé le terrain très cher ou bâti à plus grands frais », l'auteur déclare que « ce sont là procédés de spéculation immobilière qui ont un caractère purement civil et qu'ils n'ont en droit rien à voir avec l'exploitation commerciale du locataire et par conséquent

(1) *Locataires commerçants et propriétaires*, Thèse Caen, 1916, p. 59.

avec l'achalandage qui est le résultat de cette exploitation ».

Mais, de là, peut-on déduire que le propriétaire a créé un fonds de commerce? La jurisprudence s'y refuse.

La Cour de Douai (1) déclare que « le fait que le propriétaire a, par lui-même ou son auteur, acheté le terrain et fait construire et aménager la maison, à usage d'estaminet, après en avoir choisi l'enseigne et a conservé la propriété de la pompe à bière et du comptoir, immeubles par destination, ne saurait suffire à établir qu'il a lui-même créé le fonds de commerce ».

Certes, il n'a pas créé le fonds de commerce, mais il l'a voulu et son consentement a été nécessaire pour la création du fonds. On doit donc conclure que, pour la création d'un fonds de commerce, il faut la volonté de l'exploitant et l'acquiescement ou même la volonté du propriétaire de l'immeuble où le local commercial va se développer. Car c'est grâce à lui que le commerçant pourra exploiter l'achalandage attaché au local et le transformer en clientèle personnelle.

Cependant, chacune des deux parties en cause et surtout le propriétaire, ne peut prétendre avoir créé à lui seul le fonds de commerce. De là le propriétaire qui loue un local à usage de fonds de commerce ne loue pas, par là même, un fonds de commerce. Il loue simplement l'achalandage et l'aptitude du local à devenir commercial.

(1) 5 décembre 1932, *Recueil*, Douai, 1933, p. 155.

Aussi le commerçant qui cédera le droit au bail qui lui a été consenti ne pourra déclarer que cette cession est celle du fonds de commerce tout entier. Cession du droit au bail n'est pas une cession du fonds de commerce, quelle que soit l'importance que la pratique a voulu lui donner en la détachant de la cession du fonds de commerce, à l'occasion d'une évolution des transactions que nous allons étudier.

2° Au début, la cession du bail était faite sans indemnité particulière parce qu'elle était rattachée à une vente de fonds de commerce. Mais il fut une période entre 1920 et 1930 où la question importante fut non plus d'établir un fonds de commerce, de créer une clientèle, mais de trouver un local où établir ce fonds. Chacun veut être commerçant alors que les immeubles pour établir une base d'exploitation manquent ; ils font prime sur le marché et le local devient bientôt plus important que le fonds qui y est exploité. De là, on cherchera moins à céder un commerce qui peut paraître suranné ou peu rémunérateur pour le successeur qu'à céder le local lui-même où le nouvel occupant montera une affaire plus moderne, susceptible de mieux attirer la clientèle. Le locataire cédant prendra la place du commerçant cédant, mais comme il ne veut pas perdre la valeur d'un fonds de commerce qu'il a exploité lui-même, il fera payer pour la cession du bail une somme à peu près équivalente à celle qu'il aurait fait payer pour la clientèle toute entière. C'est qu'avec le droit au bail, il cède ce groupe d'acheteurs

qui viendra au magasin quel que soit le commerce exploité parce qu'il est attaché à la situation du local. Or nous avons déjà montré combien, à cette époque, l'achalandage avait pris le pas sur la clientèle. En cédant son droit au bail, le commerçant avait donc cédé une valeur particulièrement importante. Y avait-il là une spéculation? Oui, si on entend par spéculation, le fait de tirer un bénéfice des circonstances économiques indépendantes de votre volonté plutôt que de tirer ce bénéfice d'un travail personnel.

Mais cette spéculation n'avait rien d'illicite parce qu'elle était la seule rémunération possible d'un commerçant qui se retirait des affaires et cédait sa chance de gain à son successeur.

Aussi les tribunaux admirent-ils ces cessions quel qu'en fut le prix lorsqu'il s'agissait de baux commerciaux.

Dès 1920, la Cour de Douai (1) décidait que « au point de vue de la spéculation illicite sur les loyers, il y a lieu de distinguer entre les locations ayant un caractère familial et celles d'immeubles destinés au commerce. Les locations commerciales peuvent avoir des valeurs différentes suivant l'importance du commerce, la situation des immeubles dans un quartier populeux... Dans ces conditions la sous-location d'un appartement à destination commerciale peut ne pas constituer le délit de spéculation illicite ». La Cour de Bordeaux (2) fut encore plus nette en 1922 et

(1) 9 décembre 1920, *Recueil*, Douai, 1921-29.

(2) 12 juillet 1922, *Recueil*, Bordeaux, 1922-1-116.

posa le principe suivant : « Ceux-là seuls encourent une responsabilité spéciale qui ont spéculé en matière de baux à usage d'habitation, tandis qu'en sont exonérés ceux qui ont spéculé en matière de baux à usage industriel ou commercial ».

Mais encore fallait-il que cette spéculation ne dépassât pas un certain taux laissé d'ailleurs à l'appréciation des tribunaux. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris (1) frappe « du délit de spéculation illicite le locataire d'un local à usage de commerce, au loyer annuel de 10.000 francs qui sous-loue ce local en portant le loyer à 84.000 francs » et les magistrats se refusent à admettre « sous aucun prétexte que les propriétaires ou les locataires en cas de sous-location profitent des difficultés de l'heure présente pour élever abusivement le prix des loyers ».

Cependant, jamais ni les tribunaux ni les législateurs n'oseront s'opposer ouvertement à cette pratique si courante et si rémunératrice pour le commerçant.

L'article 13 de la loi du 1^{er} avril 1926 ne vise que les loyers afférents à des locaux servant exclusivement à l'habitation ou à un usage professionnel non commercial. Quant à l'article 24 de la loi du 30 juin 1926, il protège non pas l'acquéreur du bail mais le propriétaire de l'immeuble, en cas de sous-location, afin que, lui aussi profite de cette spéculation qui reste licite lorsqu'il s'agit d'un bail commercial.

La cession du droit au bail est donc maintenant admise par les tribunaux et le législateur même si elle est faite moyennant un prix exagéré.

(1) 13 mai 1921; *G. P.*, 1921-2-20.

Mais de là, doit-on déduire que la cession du droit au bail équivaut à la vente du fonds de commerce? Certaines décisions de jurisprudence ont pu faire croire un moment que les magistrats faisaient une assimilation complète entre la cession d'un droit au bail et la vente d'un fonds tout entier; mais cela n'est pas, et il suffit de sérier les cas pour dégager avec plus d'exactitude le sens des arrêts rendus.

D'abord, l'affaire Dalsheimer - Grundland (1). M^{me} Dalsheimer avait cédé le 12 octobre 1917 les baux de deux boutiques et d'un appartement sis à Paris aux époux Grundland, se réservant explicitement « les autres éléments du fonds de commerce, notamment les marchandises, la clientèle, l'achalandage et le droit de se rétablir où et comme bon lui semblerait ». Les créanciers voulaient former une surenchère du sixième sous prétexte que cette cession constituait une vente de fonds de commerce. Après le Tribunal de première instance, la Cour d'Appel de Paris, le 29 janvier 1921, rejeta la demande des créanciers en déclarant d'ailleurs, non pas que la vente d'un droit au bail ne pouvait être assimilée à la vente d'un fonds de commerce, mais que, le fonds envisagé n'existant plus depuis deux ans, la cession du droit au bail ne cachait pas une vente de fonds.

La Cour d'Appel de Paris semble dire que l'article 5 de la loi du 7 mars 1909 ne peut s'appliquer à la cession du droit au bail que dans la mesure où elle dissimule la vente d'un fonds de commerce. La Cham-

(1) Cour de Paris, 29 janvier 1921; *D. P.*, 1922-2-103.

bre des Requêtes (1) rejeta le pourvoi formé alors contre la Cour de Paris « attendu qu'il appert, tant des qualités que des motifs de l'arrêt, que la cession consentie à Grundland, ne concernait que le bail des deux boutiques et de l'appartement, la dame Dalsheimer et Grundland ayant formellement reconnu dans cet acte que la cession n'impliquait de la part de ladite dame aucun abandon de son fonds de commerce ».

Cette première affaire aboutit donc à une décision très nette : l'article 5 de la loi du 17 mars 1909 ne s'applique pas lorsque la cession du droit au bail ne dissimule pas la vente d'un fonds de commerce.

Mais d'autres articles de cette même loi peuvent-ils s'appliquer à cette même cession de bail? La Cour de Paris le soutint pour la première fois le 12 juin 1928 (2), puis, et surtout, dans un arrêt du 10 novembre 1928 (3), dont les termes un peu trop vagues scandalisèrent et effrayèrent quelques-uns de nos théoriciens.

Les termes de cet arrêt sont les suivants : « Considérant que, par acte du 18 mai 1922, Reischer racheta aux frères Gugenheim le droit au bail moyennant une indemnité de 100.000 francs. Considérant que la loi du 17 mars 1909 s'applique aussi bien à la vente séparée d'un ou plusieurs éléments d'un fonds de commerce qu'à l'ensemble des éléments constituant

(1) 22 octobre 1923 ; *D. P.*, 1924-1-77. — *G. P.*, 1923-2-699.

(2) *D. P.*, 1929-2-33.

(3) *D. P.*, 1932-2, p. 20 et la note. — *S.*, 1929-2-45.

ce fonds; que, s'il n'en était pas ainsi, la protection des créanciers du commerçant contre le dommage que peut leur causer l'aliénation du fonds de commerce de leur débiteur qu'a voulu la loi du 17 mars 1909 pourrait n'être qu'illusoire ».

M. CHÉRON critique au *Dalloz périodique* cet arrêt, d'une façon véhémence : « Peut-on, dans l'état actuel des textes, admettre qu'une cession ayant pour seul objet le bail des locaux où un commerce est exploité, constitue une vente de fonds de commerce soumise aux prescriptions de la loi du 17 mars 1909... Nous n'adoptons pas l'opinion de la Cour de Paris qui voit une vente de fonds de commerce dans la cession du bail de locaux à usage commercial ». M. SILLARD (1), de son côté, prétend que les arrêts des 12 juin et 10 novembre 1928 reconnaissent que l'aliénation d'un droit au bail vaut vente du fonds de commerce tout entier », thèse à laquelle se rattache également M. ESCARRA (2).

C'est faire, nous semble-t-il, une lecture un peu trop rapide des arrêts en question. La Cour de Paris n'a fait qu'interpréter et étendre la loi du 17 mars 1909 dans la mesure où elle veut protéger les créanciers du fonds.

L'article 13 de cette loi prescrit au commerçant qui déplace son fonds, de notifier ce transfert aux créanciers sous peine de rendre les créances exigibles. Dès 1909, le législateur attachait donc une grande impor-

(1) *Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce*, Thèse Rennes, 1932, p. 147.

(2) *Principes de droit commercial*, 1934, p. 478.

tance au local où s'exploitait le fonds. C'est que le local représente la base tangible des droits du créancier, parce que la clientèle est un élément impondérable, insaisissable; alors qu'au contraire, le local, par lui-même, par son droit au bail, par le matériel et les marchandises qu'il renferme concrétise seul les droits des créanciers. De plus, ce local est le siège commercial du débiteur, le seul endroit où, juridiquement, on puisse l'atteindre.

La même importance ne doit-elle pas être attachée à la vente du droit au bail qui a pour résultat non pas de déplacer la base matérielle d'un fonds de commerce mais de supprimer cette base. Aussi l'article 20 de la même loi prescrit de notifier aux créanciers la vente judiciaire de tout élément du fonds de commerce. Cet article vise le droit au bail comme la clientèle ou le matériel et s'applique au cas de cession forcée de l'un quelconque de ces éléments; il s'applique suivant le texte à la vente forcée mais peut être étendu à toute cession même amiable, car les créanciers ont autant besoin d'être protégés dans un cas que dans l'autre. Cependant, l'article 20 semble si précis, tant dans sa rédaction que dans la place qu'il occupe dans la loi, que certains commentateurs repoussent l'extension. En fait, l'article incriminé a été placé dans le chapitre III de la loi, parce que, en 1909, on ne prévoyait guère le cas de cession amiable d'un seul élément du fonds. A cette époque, on vendait un fonds de commerce tout entier et le droit au bail ne faisait jamais l'objet d'une vente séparée, sauf en cas d'ad-

judication où le tribunal morcellait le fonds qu'il n'avait pu vendre en entier.

De là, nous devons conclure que la loi de 1909 est applicable à la vente d'un droit au bail dans la mesure où il faut protéger les droits des créanciers du fonds. C'est ce qu'a fait l'arrêt du 10 novembre 1928. Mais il n'en faut pas conclure que la cession d'un droit au bail doit être assimilée complètement à la vente d'un fonds de commerce; vendre un droit au bail ou vendre un pas de porte, ce n'est pas vendre un fonds de commerce.

Jamais la Cour de Paris n'a voulu poser un tel principe. Elle a étendu l'article 20 au cas de vente amiable, de même que la Cour de Cassation (1) étendra l'article 14, qui vise la notification aux créanciers en cas de résiliation amiable du bail, au cas légèrement différent d'une résiliation résultant de l'application d'une clause de bail, parce que « l'article 14 a pour but de réserver aux créanciers inscrits un moyen de sauvegarder leur gage dont le droit au bail est un des principaux éléments ».

Il nous suffira de relever quelques arrêts de dates postérieures aux fameuses décisions de 1928 pour prouver que les magistrats ont eu simplement pour but de conserver la base du privilège des créanciers. Un jugement du Tribunal civil de Pau, en date du 20 avril 1932 (2) se refuse à admettre la constitution d'un nantissement sur un fonds de commerce qui

(1) 23 janvier 1933; *D. H.*, 1933, p. 161.

(2) 20 avril 1932; *D. H.*, 1932, p. 327.

consiste simplement en une enseigne et un droit au bail parce que « ces éléments sont insuffisants à former un fonds de commerce ». Deux ans après, la Chambre des Requêtes (1) agira de même à l'égard d'un nantissement établi par M. Pinault qui « n'était pas propriétaire d'un fonds de logeur en garni mais seulement d'un droit au bail propre à servir à l'exploitation d'un commerce d'hôtel et qui, à soi seul, ne pouvait légalement constituer le fonds de commerce ».

La position de la jurisprudence est donc très facile à établir : elle se refuse à assimiler le droit au bail à un fonds de commerce et n'admet pas l'établissement d'un nantissement sur ce seul droit mais elle astreint, quant à la protection des créanciers, la cession d'un droit au bail aux mêmes formalités qu'une vente de fonds de commerce parce que le nantissement précédemment établi, perd de base matérielle par le fait de la cession.

Nous pensons avoir pleinement réfuté ainsi les critiques élevées par MM. CHÉRON, SAILLARD et ESCARRA à l'encontre des arrêts des 12 juin et 10 novembre 1928, et prouvé que si la cession du droit au bail ne constitue pas la vente d'un fonds de commerce, elle est cependant assez importante pour justifier l'application de certaines dispositions de la loi du 17 mars 1909.

Pourquoi la cession d'un droit au bail ne constitue-elle pas la vente d'un fonds de commerce? C'est

(1) 30 janvier 1934; S., 1935-1-12.

que pour qu'il y ait vente du fonds, il faut qu'il y ait vente de son élément principal. Or, ainsi que le déclare M. MAZEAUD (1): « La clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce ». Le mot « clientèle » a ici le sens d' « ensemble des acheteurs » et englobe aussi bien ceux qui sont dus à la valeur personnelle du commerçant, au hasard ou encore à la situation du local ou pas de porte. Pour qu'il y ait vente du fonds, il faut donc qu'il y ait vente de tous les acheteurs.

Or, la cession du droit au bail ou pas de porte procure seulement l'exploitation du groupe d'acheteurs qui porte ce même nom de pas de porte, portion parfois restreinte du chiffre d'affaires total du commerçant.

La cession du droit au bail n'assure donc pas, de façon générale, la jouissance de toute la clientèle dont l'ensemble constitue l'élément essentiel du fonds; elle ne peut donc être assimilée à une vente de fonds de commerce.

Et c'est justement parce que la cession du droit au bail ne constitue pas, par elle-même, une vente de fonds, que la loi l'assujettit à une taxe spéciale différente de celle perçue pour le fonds de commerce.

De là, l'article 34 de la loi du 13 juillet 1925, que nous avons cité précédemment, visant l'application d'une taxe de 12 % à toute cession de droit au bail. Malgré la généralité des termes de ce texte, des con-

(1) Note au *D. P.*, 1929-2-33.

testations s'élevèrent bientôt quant au domaine d'application de la loi.

Une solution du 26 mai 1928, confirmée et légalisée par un règlement paru au *Journal officiel* le 28 décembre 1934, décida que la taxe serait perçue sur toute cession, qu'elle ait lieu par acte authentique ou sous seing privé; que, de plus, « à défaut d'acte constatant la cession, le droit est perçu sur une déclaration, faite au bureau de l'enregistrement, de la situation des biens dans les trois mois de l'entrée en jouissance des biens loués » (1).

Mais devait-on appliquer cette taxe de 12 % aux résiliations de baux? Suivant M. PILON (2), « l'interprétation des lois fiscales est dominée par une règle, à savoir que les textes doivent être appliqués littéralement, et que leur interprétation ne doit jamais dépasser les termes mêmes dans lesquels ils sont conçus ». L'interprétation par analogie seule est défendue, l'interprétation extensive est admise.

Pour cet auteur: « faire de l'interprétation par analogie, c'est, sans tenir compte ni du texte ni de l'esprit de la loi, ajouter à la loi en créant une règle nouvelle, fondée uniquement sur l'identité de raison juridique. Ainsi, appliquer un tarif ou une pénalité à des situations juridiques de nature différente de celles prévues par la loi, c'est faire de l'application par analogie. Au contraire, faire de l'interprétation extensive, ce n'est pas ajouter à la loi, c'est seulement

(1) *Journal Officiel* du 28 décembre 1934.

(2) *Principes et technique des droits de l'enregistrement*, 1929, p. 21.

porter l'application d'un texte jusqu'aux limites voulues par le législateur ».

Partant de ces principes, la seule question est de savoir si la résiliation d'un bail, moyennant indemnité, est une situation juridique de même nature que la cession du bail moyennant indemnité. D'autre part, qu'elle fut la volonté du législateur?

Lorsque l'article 34 fut rédigé, le Parlement avait simplement et uniquement pour but de frapper la spéculation effrénée qui se produisait à cette époque par suite de la pénurie des locaux vacants.

Mais la spéculation jouait de manières diverses. Ou bien le commerçant sortant faisait payer à son successeur la reprise du bail en cours, ou bien il demandait à son propriétaire une indemnité, pour prix de son départ avant l'échéance du terme.

Les deux actes s'analysaient en la prestation d'une certaine somme d'argent contre abandon des lieux par l'occupant actuel. La spéculation était donc la même dans les deux cas, mais alors que, dans le premier, elle portait le nom de cession de droit au bail, dans le deuxième, il s'agissait d'une résiliation de bail moyennant indemnité.

Puisque le législateur a eu en vue la répression de la spéculation sur la pénurie de locaux, il a entendu l'une et l'autre convention. Malheureusement, il a parlé de cession de droit au bail et n'a pas mentionné le cas de résiliation.

Y a-t-il là deux actes de nature différente? Il ne semble pas. Cette résiliation de bail est une rétro-

cession qui fait passer la jouissance à venir du bail en cours des mains du locataire actuel aux mains du propriétaire, qui reprend ainsi une jouissance qu'il avait aliénée jusqu'au terme fixé. Pour le locataire cédant, la situation est la même, qu'il abandonne la jouissance de son bail en cours à un locataire entrant ou à son propriétaire. Quant à l'acheteur, il obtient, dans l'un et l'autre cas, l'exploitation du local jusqu'au terme prévu.

C'est donc avec raison qu'une solution du 29 mai 1926 (1) applique la taxe de 12 % à la résiliation de bail consentie par un locataire commerçant au nouveau propriétaire de l'immeuble, parce que « le contrat de cession de bail d'immeubles avec bénéfice pour le cédant se décompose en une double cession : l'une porte sur la jouissance et donne ouverture au droit de 0,60 % en principal, l'autre affecte une valeur mobilière et rend exigible le droit de 10 % », et que « la résiliation d'un bail avec indemnité doit être également considérée comme impliquant ces deux dispositions distinctes ».

Mais cette solution devait être rejetée par les arrêts. La Cour de Lyon (2), le 22 juin 1927, rejetait cette extension, « attendu que la Société a conclu ses accords pour avoir la libre disposition de ses immeubles et pour pouvoir effectuer divers travaux de reconstruction, qu'elle n'a évidemment pas eu l'inten-

(1) *Recueil périodique d'enregistrement*, juillet 1927, article 15.374.

(2) *Recueil périodique d'Enregistrement*, 1927, nov.-décembre, p. 311, art. 15.590.

tion d'acquérir le fonds de commerce et de continuer l'exploitation de ses anciens locataires ». La Cour de Lyon fait ici une fausse interprétation de l'article 34 qui vise uniquement la cession du droit au bail. Il n'est pas nécessaire, pour que la taxe soit perçue, que cette cession recouvre une vente du fonds de commerce, au contraire les deux cessions doivent être indépendantes, sinon le droit perçu serait simplement celui applicable à la vente du fonds tout entier. Il est normal que l'acquéreur du droit au bail ou pas de porte exploite un commerce différent de celui de son cédant. De là peu importe qu'il ait acheté cette jouissance en cours pour monter une nouvelle affaire immédiatement ou après un nouvel aménagement des locaux.

Dans l'espèce actuelle, le propriétaire a voulu modifier l'agencement de ses locaux commerciaux afin d'y établir lui-même, ou par l'intermédiaire d'un nouveau locataire, une exploitation plus moderne. La résiliation du bail avait pour but la reprise de la jouissance des locaux, c'était une rétrocession à laquelle le droit de 12 % devait s'appliquer.

L'arrêt rendu par la Cour de Lyon n'avait d'ailleurs pas convaincu les receveurs d'enregistrement, qui continuèrent à prélever la taxe sur les résiliations. C'est alors que l'arrêt du 5 mars 1930, de la Chambre des Requêtes (1), mit fin au débat en ces termes: « Attendu que l'article 34 de la loi du 13 juillet 1925 assujettit au droit de 12 % uniquement les cessions

(1) *Recueil périodique d'Enregistrement*, 1930, art. 16.844, p. 538.

d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail, et qu'il ne mentionne ni expressément ni implicitement des résiliations... Attendu que le principe de l'interprétation littérale des lois fiscales, interdit d'appliquer un texte édictant un tarif à des opérations juridiques d'une nature différente de celle qu'il prévoit ».

A notre avis, la Cour de Cassation a interprété de façon trop étroite l'article 34 et, voulant prendre ce texte à la lettre, elle en a faussé le sens et l'esprit. Il sera alors facile de tourner la loi du 13 juillet 1925. Il suffira, au locataire cédant son droit au bail à un nouvel occupant, de mettre le propriétaire en tiers. Ce dernier résiliera le bail en cours moyennant une indemnité qu'il se fera rembourser par le véritable acquéreur, non pas au moyen du paiement d'un pas de porte, auquel on pourrait appliquer la taxe de 12 %, mais par une augmentation du montant des loyers.

Le propriétaire de l'immeuble monnayera donc ainsi le pas de porte dû à l'emplacement de son local. Ceci est d'ailleurs légitime, car si la portion de cha-lands due à la situation du local profite au fonds, si le commerçant cède ce groupe d'acheteurs en faisant bénéficié son successeur du bail en cours, il ne faut pas oublier que le pas de porte a toujours pour base, et seule raison d'être, l'emplacement de l'immeuble qui est dû au propriétaire.

TROISIÈME PARTIE

Le pas de porte
dans ses rapports avec l'immeuble

TROISIÈME PARTIE

LE PAS DE PORTE DANS SES RAPPORTS AVEC L'IMMEUBLE

Jusqu'ici, après avoir étudié l'évolution de la notion de pas de porte devenue une partie d'achalandage attachée au fonds par sa situation ou bien le droit au bail qui procure cette portion d'achalandage, nous avons envisagé ce pas de porte dans ses rapports entre locataire sortant et locataire entrant.

Dans la troisième partie que nous abordons maintenant, nous allons examiner les rapports du pas de porte avec l'immeuble loué. En procédant à la location de sa maison, le propriétaire cède en même temps la jouissance de son pas de porte pour la durée du bail envisagé.

Ceci crée entre les parties des obligations en cours et à la fin du bail. En cours de bail, le commerçant doit conserver l'achalandage, le pas de porte du local, en l'exploitant en bon père de famille; son droit au bail pourra être alors assorti de clauses prohibitives

ou restrictives de cession et sous location légèrement différentes des clauses ordinaires.

De son côté, le propriétaire devra garantir la jouissance du local et du pas de porte et pour cela s'abstenir de tout acte propre à troubler l'exploitation qu'il a permise. En fin de bail, la loi sur la propriété commerciale l'obligera à rembourser, le plus souvent, dans l'indemnité d'éviction, la jouissance du pas de porte qu'il fait perdre à son locataire par son refus de renouvellement.

Il peut arriver que le propriétaire de l'immeuble ait fait payer un pas de porte au locataire entrant. La situation de celui-ci sera-t-elle différente? Au premier abord il le semble, parce qu'il y aurait cession de l'affectation commerciale. Les conséquences en seraient alors les suivantes: en cours de bail, la plus-value commerciale possible reviendrait au locateur acheteur qui deviendrait seul maître de l'affectation commerciale du local. Il pourrait la transférer dans un autre immeuble ou la détruire sans que le propriétaire puisse se plaindre de la perte d'une valeur qu'il a aliénée.

Les clauses prohibitives ou restrictives du bail seraient celles d'un bail à usage d'habitation alors que la garantie du bailleur se verrait renforcée.

A la fin du bail, l'acquéreur du pas de porte ne pourrait revendiquer la loi sur la propriété commerciale que dans la mesure où il aurait conservé l'affectation commerciale du local. Si le propriétaire lui refusait le renouvellement, il serait certain d'obte-

nir dans son indemnité d'éviction le remboursement du pas de porte qu'il a dû payer à son entrée dans l'immeuble.

Voilà donc tous les avantages d'une cession de pas de porte du bailleur au locataire si on la considère comme entraînant le tranfert de l'affectation commerciale de l'immeuble au fonds de commerce. Mais il n'est pas certain que les parties aient eu en vue une telle opération qui entraînerait d'ailleurs, semble-t-il, des conséquences incompatibles avec la lettre et l'esprit de notre législation. Quel fût alors le but de cette cession de pas de porte, quel rôle a-t-elle joué et quelles en sont la portée et les véritables conséquences, voilà ce qui fera l'objet de la fin de notre exposé.

CHAPITRE PREMIER

LOCATION DE L'IMMEUBLE ET DU PAS DE PORTE

SOMMAIRE. — 1° Droit cédé sur le pas de porte. — 2° Conséquences en cours de bail : conservation de l'achalandage. Cession et sous-location. Garantie du bailleur. — 3° Conséquences à la fin du bail.

1° Nous abordons ainsi la situation la plus courante. Le propriétaire d'un immeuble tire profit des capitaux qu'il a investis dans la construction ou l'achat d'un immeuble par une location ; les loyers représentent l'intérêt de son argent. L'immeuble envisagé peut comprendre à la fois des locaux d'habitation et des locaux à usage commercial. Pour ces derniers, le bailleur cède au preneur non seulement la jouissance d'une partie de la maison mais encore celle de l'affectation commerciale et de la situation du local. Le bail procure alors au commerçant les magasins où il vendra ses produits et cette portion d'acheteurs attachée à l'emplacement de la boutique : le bail donne au locataire-commerçant la jouissance du pas de porte.

Il pourra donc exploiter ce groupe d'acheteurs pendant tout le temps qu'il demeurera dans le local

mais pendant ce temps seulement. Cette portion d'achalandage peut d'ailleurs avoir une qualité variable.

Ou bien le propriétaire a construit un local à usage de commerce, sans viser plus spécialement à un commerce déterminé. En ce cas, le pas de porte comprendra seulement les acheteurs attachés à la situation indépendamment de la nature particulière du commerce exploité. Ou bien le bailleur a aménagé son local en vue de l'installation d'une boucherie par exemple. En ce cas, le pas de porte est non plus le groupement assez vague des acheteurs amenés au fonds par sa situation, mais la portion des acheteurs amenés au fonds par sa qualité de boucherie dans un lieu donné : le pas de porte a une double base — spécialisation du commerce dans un emplacement déterminé — Cet avantage influera sur la location. Dans le premier cas, le propriétaire pourra louer à tout commerçant quelqu'il soit ; dans le deuxième, il ne pourra louer qu'à un commerçant susceptible de s'accommoder de l'aménagement réalisé. L'avantage, pour le locataire, sera de trouver un magasin prêt à être exploité suivant ses desiderata, pour le propriétaire de majorer son prix de location en proportion de l'avantage fourni.

2° Mais quelles seront les obligations du locataire qui a obtenu la jouissance des locaux et du pas de porte. Suivant l'article 1728, alinéa 1^{er} du Code, le preneur est tenu « d'user de la chose louée

en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ». Il doit donc conserver les locaux dans l'état où il les a reçus lors de son entrée. Mais il doit aussi conserver l'affectation commerciale générale ou spécialisée des locaux dont la jouissance lui a été accordée. Il doit maintenir le pas de porte dans l'état où il l'a reçu.

Or, le commerçant peut détruire le pas de porte de deux façons différentes : en exploitant mal son commerce, ou bien en transférant ailleurs son fonds, désaffectant ainsi le local loué.

Etudions d'abord la première situation : le locataire est un mauvais commerçant et perd ainsi non seulement sa clientèle mais le pas de porte qui lui avait été confié.

Il semble tout d'abord que ce fait soit impossible, le pas de porte étant rattaché simplement à la situation du local. En fait l'achalandage lui-même obéit à l'*intuitus personae* du commerçant. Il ne s'agit pas ici de l'*intuitus personae* positif, c'est-à-dire des qualités personnelles du commerçant qui ont pour rôle de convertir en clients les simples chalands. Il s'agit de l'*intuitus personae* négatif, c'est-à-dire des défauts du commerçant. Si celui-ci est mauvais vendeur, s'il est désagréable avec les acheteurs, si ses produits sont de mauvaise qualité, il verra bientôt le magasin perdre non seulement ses clients mais encore ses chalands. En effet, ceux-ci attirés simplement par la

situation du magasin, fuiront devant la personnalité du commerçant et préféreront se fournir chez un concurrent plus aimable, même si son magasin ne présente pas les mêmes avantages d'emplacement.

Le local voit alors son pas de porte diminuer de valeur et lorsque le commerçant tombe en faillite, on accuse tout autant la situation de son magasin que son défaut d'organisation personnelle.

Le pas de porte du local est déprécié. Le bailleur a-t-il alors un recours contre son locataire? il ne semble pas. Le commerçant a exploité son fonds sans mauvais vouloir apparent, mais plutôt par méconnaissance de son métier. Il a détruit l'achalandage parce qu'il a détruit le fonds tout entier et le bailleur ne peut se faire indemniser pour une exploitation maladroite et malheureuse du local et de son affectation.

Le cas est différent lorsque le commerçant a détruit le pas de porte seul, par le transfert du fonds dans un autre local accompagné de la fermeture du premier magasin, ou encore par la transformation en local d'habitation d'un magasin spécialisé ou non. Ici le bailleur a un recours, parce que le dommage qui lui est causé est volontaire. Cela est admis par la majorité des auteurs et des tribunaux et il nous suffira de citer quelques passages des uns et des autres pour étayer ce principe.

Cependant auparavant, arrêtons-nous sur une discussion de M. BEDOS (1), qui très partisan des préro-

(1) *Droit au bail et propriété commerciale*, Thèse Montpellier, 1925, p. 134.

gatives du commerçant, s'élève contre un arrêt de la Cour de Caen en date du 13 novembre 1899. « Si le preneur après avoir acquis un fonds passe un nouveau bail, il ne saurait s'affranchir de l'obligation de conserver aux lieux loués leur destination ancienne jusqu'à la fin du bail ». L'auteur déclare alors : « cette solution déjà préconisée par POTHIER, paraît considérer l'achalandage comme émanant de l'immeuble et loué avec le magasin. Nous ne pouvons admettre cette discrimination. Si le fonds a été transmis plusieurs fois, bien que les baux aient pu être renouvelés, il y a subrogation de l'occupant actuel aux droits du fondateur de l'achalandage. Il est inadmissible qu'un commerçant qui achète un fonds à l'expiration même du bail, puis obtient un nouveau bail, ne soit pas considéré comme propriétaire de l'achalandage qu'il a cependant payé, tandis qu'achetant le fonds avant l'expiration du premier bail, il est considéré comme maître de cet achalandage. Le système de la jurisprudence tend à déclarer qu'automatiquement à la fin du bail, la propriété de l'achalandage passe du preneur au bailleur. Ce contre quoi nous nous élevons ».

L'arrêt de la Cour de Caen est très juste et reprend, en effet, la théorie soutenue par POTHIER : « le locataire ou fermier est obligé de jouir de l'héritage dans la nature dans laquelle il lui a été loué. Par exemple, le locataire d'une auberge doit l'entretenir en nature d'auberge; faute de quoi il peut être expulsé; et il est tenu des dommages et intérêts au bailleur, résultant de ce qu'en cessant de tenir auberge, il a écarté ceux

qui avaient coutume d'y loger, et empêché par ce moyen que le bailleur ne puisse à l'avenir louer sa maison aussi avantageusement qu'il l'aurait louée, si elle eût été entretenue comme auberge »... « par exemple, lorsqu'une maison est donnée à loyer, on présume que c'est pour être exploitée de la même manière qu'elle l'a été jusqu'au temps du bail : c'est pourquoi le locataire ne pourrait pas y établir une forge, s'il y en avait pas eu auparavant, ni en faire un cabaret. Néanmoins la profession du locataire connue au temps du bail, doit faire suivre une autre règle, et doit faire présumer que la maison lui a été louée pour la faire servir aux usages qu'exige sa profession » (1).

Ceci nous permet de déclarer la critique de M. BEDOS mal fondée. Dans aucun cas le locataire n'est propriétaire de l'achalandage (2). Lorsqu'il achète le fonds en cours de bail, il obtient la jouissance de l'achalandage jusqu'au terme prévu; s'il achète le fonds à l'expiration du bail, il doit obtenir du bailleur et le renouvellement de ce bail et le renouvellement de la jouissance de l'achalandage, car le créateur de la partie principale de la masse des chalands n'est pas le premier exploitant au fonds, mais le propriétaire du local. Et si, automatiquement, à la fin du bail, l'achalandage revient au bailleur, c'est que ce dernier en

(1) POTHIER : *œuvres de Pothier* par BUGUET, édition 1861, t. I, p. 602 et t. IV, p. 12.

(2) Achalandage doit être pris dans le sens de pas de porte; le groupe des clients dû au hasard et qui forme avec le pas de porte l'achalandage proprement dit n'appartient à personne.

avait seulement cédé la jouissance pendant tout le cours du bail.

Deux arrêts peuvent aussi retenir un moment notre attention. L'un émane de la Cour de Bordeaux, et date du 22 août 1860 (1). Il vise le cas de l'abandon d'un hôtel par les locataires avant l'expiration du bail et déclare qu'en agissant ainsi les époux Gourdet « n'ont pas contrevenu à leurs obligations ni préjudicié aux droits de la propriétaire », mais il a soin de s'appuyer sur une question de fait, à savoir « que, dans l'espèce, il est certain et non contesté que la clientèle de l'hôtel Vedrenne est l'œuvre des époux Gourdet, qu'elle est leur propriété légitime, et le résultat d'un travail de près de quinze années, sur lequel la dame Johnston (propriétaire) n'a aucun droit ». Il se base ainsi sur « la doctrine appelée à commenter les règles posées dans les articles 1728 et 1729 du Code civil qui a toujours distingué avec soin le cas où la clientèle appartient au local, du cas où elle a été créée ou apportée par le preneur ».

Quant à l'autre arrêt, émanant de la Cour de Limoges, 11 février 1889 (2), il vise le cas du transfert d'une pharmacie et fait pendant à un arrêt de la Cour de Bordeaux sur la même matière que nous verrons par la suite. Dans cette espèce, le locataire a créé lui-même la pharmacie dans des locaux non affectés qu'une clause « l'obligerait à remettre à la fin du bail en leur état primitif ».

(1) *D. P.*, 1861-2-6.

(2) *D. P.*, 1890-2-344.

Aucune indemnité ne pouvait donc être attribué au propriétaire en cas de départ puisque : « considérant que si la fermeture, pendant le cours du bail d'un immeuble affecté à une location industrielle lorsque cette abstention peut déprécier la valeur de la maison, rend le locataire passible de dommages-intérêts vis-à-vis du bailleur, il est certain *a contrario* qu'aucune indemnité n'est due si la translation d'industrie ne déprécie pas le magasin loué ».

Ces deux arrêts étudiés visent donc des cas très particuliers où les locaux n'avaient aucune affectation commerciale avant la location. Ils en déduisent que le locataire peut transporter ailleurs son fonds sans que le propriétaire ait le droit de s'en plaindre. En fait, le bailleur ne peut se plaindre de voir disparaître toute la clientèle parce qu'elle est due, en grande partie aux efforts de l'exploitant, mais il peut se plaindre de voir détruire l'affectation commerciale en cours de bail.

Selon M. SIMON (1) dont nous reprenons et le principe et les commentaires « le bailleur a le droit d'exiger que le preneur exerce dans les lieux loués le commerce convenu, parce que son intérêt est que par la fermeture prolongée de ses boutiques, les locaux à usage commercial de son immeuble, n'acquièrent pas une mauvaise réputation qui en empêcherait la relocation. Quand une boutique est longtemps fermée, on pense avec raison qu'elle est sans doute mal située, mal commode, « que les affaires n'y viennent

(1) *Fonds de commerce*, Thèse Paris, 1898, p. 71.

pas » et en fin de bail, la relocation est sinon impossible, du moins très difficile. Au contraire, la boutique où les commerçants, même de divers métiers se succèdent sans interruption, ou quelle que soit la marchandise vendue, les passants voient toujours des clients, cette boutique acquiert un renom de chalandise, d'heureuse situation que le propriétaire est intéressé à bien conserver contre les calculs trop habiles de certains locataires ».

Cette thèse est très juste car « l'achalandage appartient à l'immeuble et constitue pour le propriétaire une augmentation de la valeur locative » comme le déclare M. CENDRIER (1) et comme nous ne saurions trop le répéter, le principe sera d'ailleurs repris par MM. Robert MARTIN et MAUS (2) « si le locataire-commerçant a le droit d'user de la chose en vue de son commerce, il en a en même temps l'obligation. Le propriétaire peut le contraindre à exercer dans les lieux le commerce en vue duquel la location a été consentie. Le propriétaire est, en effet, directement intéressé, d'une part, à ce que le local ne perde pas de sa valeur par la cessation, et d'autre part, à ce que le fonds soit maintenu, en vue de la garantie de ses droits ». Ils ajoutent que « cette obligation d'exploiter donne un sérieux appui à ceux qui admettent que, dans une certaine proportion, la clientèle et l'achalandage d'un commerçant sont la propriété du bailleur ».

(1) *Le fonds de commerce*, édition 1926, p. 373 (l'expression « achalandage » devrait être remplacée dans tous ces développements par l'expression « pas de porte » plus exacte).

(2) *Traité théorique et pratique des baux commerciaux et industriels, propriété commerciale*, 1928, p. 19.

Mais c'est justement parce que la plus grande partie de l'achalandage appartient au bailleur que le locataire-propriétaire seulement de la clientèle — est dans l'obligation d'exploiter. Cette obligation découle de l'affectation commerciale antérieurement donnée au local.

La jurisprudence pose d'ailleurs les mêmes principes. Un jugement du Tribunal civil de Lyon du 2 avril 1899 (1) déclare que « si on doit admettre, à la rigueur, qu'un propriétaire puisse avoir droit à une indemnité lorsque son locataire cesse d'exercer son industrie avant la fin du bail, ce ne peut être qu'au cas où l'industrie abandonnée remonte à une époque antérieure à l'entrée du locataire dans les lieux loués, où qu'elle est si ancienne et si notoire que tout changement peut avoir pour conséquence de causer au propriétaire un préjudice évident et grave ».

Nous pouvons citer également l'arrêt de la Cour de Bordeaux (2) à mettre en parallèle avec celui de la Cour de Limoges du 11 février 1889, commenté précédemment (3), « quand un immeuble a été loué avec la destination particulière qu'il avait précédemment, telle que l'exploitation d'une pharmacie, le locataire est tenu d'y exercer jusqu'à la fin du bail l'industrie que les parties avaient en vue et, s'il transporte ailleurs son établissement, plusieurs mois avant la fin du bail, il doit des dommages-intérêts au bailleur en ré-

(1) *Mon. jud.*, Lyon, 8 novembre 1899.

(2) 27 juillet 1920, *Recueil*, Bordeaux, 1910-1-341.

(3) *Supra*, p. 117.

paration du préjudice qu'il lui a causé, notamment en éloignant les clients habitués à se rendre dans le local et en exposant ainsi le propriétaire à ne plus louer sa maison pour l'objet qu'il avait prévu ».

Enfin d'une manière plus générale la Cour de Nancy (1) affirme que « le preneur d'un immeuble loué avec la destination d'un magasin de vente ne peut former de magasin en n'y laissant qu'un stock de marchandises en dépôt sans encourir la résiliation ».

Donc le principe est absolu : ou bien le locataire a pris un local commercial et il doit maintenir un commerce quelqu'il soit jusqu'à la fin du bail, ou bien il est entré dans un local dont l'affectation commerciale est spécialisée dès sa prise de jouissance et il doit conserver cette affectation particulière jusqu'au terme fixé. C'est ainsi que « le locataire qui a loué en qualité de tailleur une boutique ne peut changer la destination des lieux en y exerçant la profession de coiffeur » (2).

Nous venons de voir que le locataire doit conserver le local et son achalandage dans l'état où il les a reçus.

Peut-il céder ces jouissances pour une sous-location ou une cession de bail ? La cession de bail présente pour le commerçant un gros intérêt. En effet, une vente de fonds n'a vraiment de valeur que lorsqu'elle est accompagnée de la cession au bail du local dans lequel le fonds est exploité.

(1) 3 février 1911. *Recueil Nancy*, 1911-86.

(2) *Tribunal civil de la Seine*, 16 mai 1906 ; G. des Tribunaux, 17 mai 1906.

L'acheteur du fonds ne bénéficiera de l'achalandage et même de la clientèle du fonds que dans la mesure où il pourra se dire successeur du précédent commerçant et dans les lieux même où celui-ci dirigeait son exploitation. Il semble donc que le commerçant doive avoir la libre disposition de son droit au bail, qu'il puisse le céder ou sous-louer jusqu'au terme qui lui a été assigné à lui-même. Car « il est apparent (comme l'écrivent MM. Robert MARTIN et MAUS (1)] que l'impossibilité pour le locataire-commerçant ou industriel de céder son bail ou de se substituer un sous-locataire, pouvait lui causer un préjudice très important et diminuer dans une mesure considérable la valeur de son fonds de commerce dont le droit au bail constitue un des principaux éléments. Et c'est ainsi que de nombreuses décisions de justice ont dégagé avant le vote de la loi sur la propriété commerciale le rôle essentiel que joue le bail dans l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie ».

C'est à l'étude de cette jurisprudence que nous arrivons.

La Cour de Paris, le 29 janvier 1921 (2), pose le principe suivant « considérant, en droit, que, en matière de bail, le locataire a, pour les dispositions de l'article 1717 du Code civil, le droit de sous-louer et de céder son bail à moins de conventions contraires; que cette liberté peut lui être retirée en tout ou en

(1) *Traité théorique et pratique des baux commerciaux et industriels propriété commerciale*, 1928, p. 30.

(2) *D. P.*, 1923-2-169.

partie, mais seulement par une clause formelle de la convention, qu'en cas de location faite à un commerçant d'un local destiné à son exploitation commerciale, le droit au bail fait manifestement partie de la valeur vénale du fonds de commerce, de telle sorte que retirer au locataire le droit de sous-louer ou de céder son bail équivaut à le priver, dans une large mesure, de ses espoirs de propriété commerciale et d'augmentation de valeur de son fonds; qu'il est alors du devoir des tribunaux d'apprécier, en tenant compte de cette considération, les clauses restrictives du droit de cession ou de sous-location s'appliquant à un local commercial, et de rechercher, pour en fixer l'étendue et la partie juridique, le but que les parties se sont proposé et d'interpréter leur volonté conformément aux dispositions de l'art. 1156 du Code civil ».

Il arrive, en effet que le bail soit assorti d'une clause prohibitive ou d'une clause restrictive de sous-location ou cession. Ces clauses ont pour raison d'être un *intuitus personae* introduit dans le contrat par le bailleur. En insérant dans le contrat une clause prohibitive, le propriétaire recherche une occupation personnelle du locataire qui « a été spécialement choisi comme réunissant les qualités que le bailleur jugeait indispensable à l'occupant des lieux loués (*intuitus personae positif*) » (1). Lorsque la clause est simplement restrictive, le bailleur a eu en vue un *intuitus personae* négatif : l'exclusion de tout locataire indésirable. Pour le propriétaire d'un local à usage com-

(1) M^e VOIRIN, note au D. P., 1932-2-57.

mercial, la catégorie des indésirables englobera non seulement les gens de solvabilité et de moralité douteuse mais encore les non-commerçants.

Quelle sera la situation du locataire cédant lorsque le contrat de bail est assorti d'une de ces clauses :

Si la clause est prohibitive, ainsi que l'indique M. VOIRIN (1), le refus du propriétaire « n'a pas à être motivé et les juges n'exercent sur lui aucun contrôle; un contractant ne peut se voir imposer malgré lui une modification du contrat ». Le consentement du bailleur à une cession du droit au bail sera alors une véritable remise de dette.

Si la clause est restrictive, c'est que le bailleur a voulu exclure toute une catégorie d'individus non susceptibles d'exploiter le local loué pour un usage déterminé.

Le cédant devra donc demander l'assentiment du propriétaire qui sera obligé de le lui donner si l'acquéreur du bail ne rentre pas dans la catégorie des indésirables.

Mais en cas contraire, le bailleur pourra refuser son autorisation car le cédant « sollicite une modification de son contrat que le bailleur a l'entière liberté de rejeter sans être tenu de motiver sa décision ».

Quel juge sera compétent pour décider si le refus est justifié et si le nouveau locataire entre dans la catégorie des indésirables? La Cour de Cassation (1) s'est refusée à tout contrôle, jugeant que le débat

(1) *Note sous arrêt D. P.*, 1932-2-57.

(1) 19 novembre 1924, *G. P.*, 1925-1-45 et *D. P.*, 1926-1-138.

porte sur une question de fait. « Attendu qu'en se fondant sur une interprétation de la vente et du bail qui ne dénature pas le sens de ces conventions et qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation, l'arrêt attaqué n'a pas violé les articles de loi visés au moyen ».

Dorénavant tout différent sur ces clauses restrictives restera une question que les tribunaux d'instance et d'appel pourront seuls connaître. D'ailleurs malgré la liberté qui leur est laissée, ceux-ci ne rendent pas de décisions trop contradictoires, la tendance générale de la jurisprudence étant de favoriser la cession et la sous-location des locaux commerciaux.

Cependant elle devra approuver le veto du bailleur lorsque celui-ci cherchera à protéger la conservation de son affectation commerciale. Le propriétaire pourra, avec juste raison, et sans que les tribunaux puissent y voir un esprit de chicane, exiger que le successeur de son locataire exerce ou le même commerce ou un commerce quelconque suivant les cas. La convention à ce désiratum sera un juste motif de refus d'autorisation de la part du bailleur.

Cette situation va-t-elle demeurer la même pour tous les locataires successifs? Oui, l'affectation industrielle ou commerciale est attachée au local dont jouit le commerçant quelque'il soit, aussi longtemps que le propriétaire du local le désire. car il est seul maître de cette affectation qu'il a créé et dont il cède la jouissance temporairement.

Mais du fait qu'il a cédé cette jouissance au commerçant, il est tenu de la lui conserver pendant toute la durée du bail.

Tout d'abord le bailleur est tenu de ne pas louer à des commerçants concurrents lorsque par une clause formelle du bail il « s'est engagé à ne pas louer, dans les magasins contigus seulement à une autre personne exerçant le même commerce que les preneurs » (1). La clause doit être exécutée; elle n'a rien d'illicite et ne porte pas atteinte à la liberté d'action du bailleur qui peut toujours louer les locaux à des commerçants d'un autre corps de métier. Si aucune clause ne vise cette garantie quelle sera l'attitude des tribunaux?

Ils se basent souvent sur la lettre même du Code civil en matière de location. C'est ainsi que le Tribunal civil de la Seine (2) se base sur l'article 1723 du Code civil pour déclarer que « le bailleur ne peut, par des modifications apportées dans les autres parties de sa propriété nuire à la jouissance du preneur en détruisant ou diminuant les avantages inhérents à la location et dont la considération a dû le déterminer à accepter ce bail ».

Il s'agissait en espèce d'un bail consenti à un commerçant moyennant un prix élevé parce que les fonds envisagé devait avoir comme achalandage la clientèle d'un hôtel, propriété du bailleur. Ce dernier ne peut transformer l'hôtel en banque parce qu'il modifie

(1) Cassation civile, 15 juillet 1896; *D. P.*, 1897-1-149.

(2) 4 juin 1924; *G. P.*, 1924-2-240.

ainsi l'achalandage dont la jouissance avait fait l'objet d'une augmentation de loyer du commerçant envisagé.

Devant l'absence de toute clause de garantie en faveur de cette clientèle, le tribunal se basa sur l'article 1723 du Code civil pour ordonner ou bien la résiliation de la location qui transformait l'hôtel en banque ou bien l'obtention de dommages intérêts au commerçant lésé.

A notre avis, il aurait été préférable de baser ce jugement sur l'alinéa 3 de l'article 1719 du Code civil « le bailleur est obligé, par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ». L'article 1723 du Code civil, en effet, déclare que « le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée ». Or, la chose louée était le magasin voisin de l'hôtel et non l'hôtel transformé en banque. Il se peut que le voisinage de l'hôtel et son achalandage aient été une des causes de l'augmentation du prix du loyer du local intéressé, mais l'hôtel en lui-même n'a pas été l'objet du contrat.

Cependant le jugement reste valable dans la mesure où il déclare que le propriétaire ne pouvait modifier en cours de bail l'affectation des locaux voisins de telle sorte que la jouissance du preneur soit troublée. Mais est-il tenu de ne pas louer les locaux voisins à des commerçants concurrents, s'ils sont inoccupés au jour de la première location envisagée?

La jurisprudence distingue deux cas différents : le quartier est ou non consacré d'une façon générale à un certain commerce.

En effet, si tout le secteur est affecté au commerce de l'automobile par exemple, le garagiste qui viendra s'y établir cherchera là un emplacement où il pourra se créer une clientèle personnelle parmi les chalands attirés dans le quartier à cause de son affectation même. Il sera avec les autres garagistes sur un pied d'égalité quand à l'achalandage.

Il importera peu alors que les autres concurrents aient ou non le même bailleur que lui. Aussi la Cour de Bordeaux déclarait en 1863 (1) que « les deux magasins étaient vides et à louer lorsque la veuve Robillard appelante en a pris un à loyer... attendu que cette dame a dû d'autant mieux prévoir que le deuxième magasin pouvait être loué pour l'exploitation d'un commerce semblable au sien, que le quartier dont fait partie la rue Duffour-Dubergier et cette rue elle-même sont affectées à ce genre d'industrie » et concluait de là au rejet de la demande de dommages intérêts. Le tribunal de commerce de Nantes en 1907 (2) reprendra les mêmes motifs « attendu que le fonds vendu et le fonds établi en concurrence ne sont pas les seuls exerçant le même commerce dans le quartier ».

Donc le bailleur n'est pas tenu de la garantie de l'achalandage procuré par la situation du fonds lorsque le privilège d'emplacement n'existe pas en fait.

(1) 17 avril 1863, S., 1863-2-222.

(2) 7 décembre 1907, *Recueil Nantes*, 1908-1-204.

Mais il semble que le bailleur soit tenu, malgré une évolution en sens contraire de la jurisprudence, à conserver l'avantage qu'il a procuré.

Dès 1860, la Cour de Bordeaux (1) décidait, en se basant sur l'article 1719 du Code Civil, alinéa 3, « qu'il n'est pas permis au bailleur de rien faire qui puisse anéantir ou seulement diminuer les avantages de la location; qu'il résulte pleinement de toutes les circonstances de faits et de tous les documents de la cause que le café Desty, dont Layotte a voulu l'établissement par la nouvelle location qu'il a consenti à Desty, se trouve placé dans des conditions de position, de proximité et par suite de concurrence de nature à porter le plus grand tort à l'établissement antérieur de Martel » et conclut à la résiliation du second bail.

En 1926 la Cour de Colmar (2) affirmait que « le bailleur d'un fonds de commerce ne peut, en vertu de cette garantie qui est de l'essence même du bail, créer, tenir ou autoriser soit dans la même maison, soit dans des maisons contigues ou voisines et surtout lui appartenant, un commerce rival ».

Le bailleur, en effet, est tenu de garantir la jouissance paisible non seulement du local visé, comme pour un bail ordinaire, mais de l'achalandage procuré par la situation du local, situation dont le locataire a payé les avantages par un loyer plus élevé.

On comprend mal alors les décisions des tribunaux

(1) 2 août 1860, *S.*, 1861-2-124.

(2) 11 mai 126, *G. P.*, 1926-2-303.

civils de Rouen (1) le 28 mars 1927 et du Havre (2) le 23 janvier 1932 « le bailleur qui loue un local de son immeuble à un commerçant en vue d'une affectation déterminée peut, en l'absence d'une stipulation contraire, louer un autre local du même immeuble à un autre locataire exerçant un commerce analogue ».

Ces prétentions vont à l'encontre de tous les principes établis en matière de rapports entre locataire et propriétaire, à l'encontre des articles 1719 et 1723 du Code Civil.

Le bailleur doit garantie de son fait personnel à propos de la chose louée qui est non seulement le local lui-même, mais encore l'achalandage attaché à ce local par sa situation même.

Cette garantie pèsera sur lui aussi longtemps qu'il aura cédé la jouissance du local au commerçant. Cependant nous devons poser une limite à cette obligation de garantie. Le propriétaire pourra louer les locaux voisins à des commerçants d'un autre ordre. L'intérêt du premier locataire est d'ailleurs en ce sens car les clients des magasins voisins seront pour lui des chalands susceptibles de s'attacher au local. La garantie du bailleur aura donc seulement pour objet de ne pas louer les locaux voisins à des concurrents de son premier locataire. Doit-on en déduire qu'il suffira à ce dernier de ne pas dévoiler son métier ou de changer en cours de bail pour rompre l'équilibre de la situation? Non pas. Lors de la rédaction du bail,

(1) *G. P.*, 1927-2-258.

(2) *G. P.*, 1932-1-575.

le preneur indiquera pour quel usage commercial il loue le local, ce qui déterminera alors l'affectation. Si au cours du bail, il a l'intention de modifier son commerce, il contrevient lui-même au contrat passé, détruisant une affectation qu'il a créée avec l'assentiment du propriétaire (1). Il ne pourra réclamer au propriétaire une indemnité pour une telle modification faite volontairement par lui. Bien plus même, il semble qu'il pourrait être appelé en garantie par le propriétaire si un locataire voisin et postérieur dont il serait devenu le concurrent intentait une action contre le bailleur pour modification du pas de porte loué et trouble causé dans la jouissance.

3° Quelle sera alors la situation du locataire le jour où le bail en cours arrivera à terme. Il pourra se prévaloir de la loi du 30 juin 1926 pour demander le renouvellement de son bail.

En cas d'acceptation du propriétaire, le prix de location sera susceptible d'être majoré, et pour ce faire, on tiendra compte des avantages que la situation du magasin procure à son exploitant.

Mais si le propriétaire se refuse à tout accord, il devra payer l'indemnité d'éviction qui comprend tous les éléments de préjudice subis par le locataire à titre de commerçant et non à titre de simple locataire. Le Sénat en 1932 se refusait à comprendre dans l'indemnité les frais de déménagement, réaménagement et

(1) *Tribunal civil de la Seine*, 16 mai 1906; *G. des Tribunaux*, 17 mai 1906.

même le prix d'un pas de porte déclarant que « l'indemniser de tels frais, ce serait le protéger en tant que locataire et non en tant que commerçant ». Nous comprenons cette attitude lorsqu'il s'agit des premiers frais. Les frais de déménagement et de réaménagement touchent, en effet, le commerçant dans sa situation de locataire simplement. Mais il n'en est pas de même pour le pas de porte. En effet, l'indemnité comprend la perte de clientèle due au transfert du fonds de commerce. Or, il arrive que le commerçant évincé, pour éviter cette perte de clientèle, loue un magasin voisin de celui qu'il a abandonné, nouvelle location qui souvent ne lui est consentie que moyennant le paiement d'un pas de porte.

Il semble alors juste que le bailleur rembourse ce pas de porte qui lui évite le paiement de la perte de clientèle. Mais le propriétaire ne sera pas toujours obligé de rembourser intégralement le pas de porte payé par le commerçant, car ce dernier a pu louer un local mieux placé et mieux aménagé que celui qu'il vient de quitter. Le prix fixé devra être celui de la perte subie par le commerçant et sera égal, lorsque le cas se présentera, au montant de l'indemnité payée au propriétaire par le remplaçant de l'évincé.

C'est pourquoi, la question étant de pur fait, nous arrivons à de telles opposition en jurisprudence. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris (1) « considérant que la perte de la clientèle n'est pas le seul élément de préjudice à envisager, qu'en fait la dame de Corbin

(1) 12 octobre 1929; *G. P.*, 1929-2-749 — *D. H.*, 1929, p. 497.

a dû pour trouver un local à proximité de l'ancien et conserver ainsi toute sa clientèle, payer un pas de porte important » fait entrer le montant de ce pas de porte dans l'indemnité d'éviction.

Tous les tribunaux ne suivent pas d'ailleurs cette voie. Le tribunal civil de Saint-Etienne (1) se refuse à admettre le remboursement du pas de porte qui n'était pas nécessaire, étant donné le commerce envisagé. La Cour de Rennes (2) base son refus sur le fait que le propriétaire est resté étranger à la discussion de ce pas de porte.

Quant à la Cour de Cassation (3), elle se retranche derrière ce principe que « la loi n'ayant déterminé aucune base pour la fixation de l'indemnité d'éviction, l'appréciation du juge du fonds est souveraine ».

La situation est encore la même aujourd'hui, la revision de la loi sur la propriété commerciale faite en 1932-33 n'ayant donné aucun changement notable sur ce point; l'alinéa 2 de l'art. 4 déclare, en effet, que « le juge devra, pour la fixation de l'indemnité, tenir compte de tous les éléments de perte que le locataire aura à subir et de gain dont il sera privé par suite de l'éviction ». Les tribunaux pourront donc toujours lorsqu'ils le jugeront équitable, faire payer au propriétaire le pas de porte que le locataire évincé a dû acquérir pour ne pas perdre sa clientèle.

Pour recouvrer son local et les avantages de sa si-

(1) 10 novembre 1930; *G. P.*, 1930-2-27.

(2) 23 février 1931, *Recueil Rennes*, 1931-274.

(3) 16 février 1932, *Revue des loyers*, 1932, p. 514; *G. P.*, 1932-1-735.

tuation, le bailleur sera ainsi obligé de verser une forte indemnité.

Cette loi de 1926, réformée en 1933, qui a eu pour but de protéger les commerçants contre les spéculations possibles de leurs bailleurs aboutit ainsi à une injustice. Elle force le propriétaire à conserver son locataire sous peine de lui verser une somme plus forte que l'avantage qu'il récupère.

Le propriétaire sera alors obligé, pour ne pas être frustré par l'opération, de réclamer un droit d'entrée, un pot-de-vin, du nouvel occupant de son local. Il touchera alors un pas de porte qui le remboursera de l'indemnité d'éviction payée au locataire sortant.

C'est ainsi que nous arrivons à la situation du locataire-commerçant en face d'un propriétaire à qui il a payé un pas de porte comme droit d'entrée dans le local à exploiter, situation que nous allons étudier dans le chapitre qui suit.

CHAPITRE II

LOCATION DE L'IMMEUBLE ET CESSIION CONCOMITANTE DU PAS DE PORTE

SOMMAIRE. — 1° La cession du pas de porte est considérée comme une vente. — 2° Discussion de cette théorie. — 3° La cession du pas de porte est une prime à la rareté des locaux. — 4° Conséquences.

Dans ce chapitre nous allons aborder une situation légèrement différente: le propriétaire loue un immeuble et fait payer en plus une indemnité de pas de porte. Comme nous l'avons vu dans notre première partie cette pratique est courante et se présente surtout lorsque le local est neuf. C'est pourquoi MM. PIQUEMAL et CLAMAMUS ont défini le pas de porte à la Chambre des Députés le 6 février 1932 (1) comme « l'indemnité que réclame le propriétaire d'un local neuf pour permettre à un commerçant de s'y installer... (ajoutant que) le véritable pas de porte rentre dans les frais de premier établissement qui incombent à tout commerçant qui s'installe ».

Notre but est alors de rechercher quelle opération a été ainsi effectuée. Le propriétaire a-t-il procédé à

(1) *Journal Officiel*, Débats parlementaires Chambre, 6 fév. 1932.

une vente du pas de porte, de cette partie d'achalandage attachée au local par sa situation? Au premier abord on pourrait le croire; le commerçant paie un pas de porte, indépendamment des loyers qui lui assurent la jouissance, c'est donc qu'il achète la propriété du pas de porte. Quelles seraient alors les conséquences d'une telle vente, une telle cession ne soulèverait-elle pas à un moment donné, des problèmes insolubles? Si nous devons répondre par l'affirmative sur ce dernier point, c'est que l'indemnité payée au propriétaire ne représente pas la cession du droit de propriété du pas de porte; mais alors comment doit-on l'analyser.

1° Nous partons de ce principe: le propriétaire d'un local neuf fait payer au premier locataire-commerçant entrant une indemnité de pas de porte et nous en déduisons, par hypothèse, que la somme versée représente le prix de cession de la propriété du pas de porte, donc de la portion d'achalandage attachée au local par sa situation. Quelles conséquences allons-nous tirer de cette vente supposée?

Le premier résultat sera de transférer au locataire du local tous les droits que le propriétaire détenait sur les avantages de la situation. L'acheteur sera toujours simple locataire du local mais il sera propriétaire du pas de porte sur lequel le bailleur n'aura plus aucun droit. Cette cession modifierait donc la situation des deux parties. Le commerçant deviendrait propriétaire de la portion d'achalandage attachée au local par sa situation et comme ce groupe d'acheteurs ne peut exis-

ter et vivre que s'il y a un commerce à exploiter, le cessionnaire du pas de porte deviendrait propriétaire de l'affectation commerciale du local dont la situation procure un groupe d'acheteurs donné. De là, cette affectation est rattachée non plus au local et au propriétaire de l'immeuble, mais au fonds de commerce et à son propriétaire. Le commerçant, cessionnaire du pas de porte serait, par conséquent, locataire d'un immeuble dont il a détaché, à son profit, l'affectation spéciale.

Les conséquences qui découlent alors de ce principe sont nombreuses et se révéleront soit en cours de bail, soit à la fin de ce bail.

En cours de bail, le fait que l'affection commerciale n'appartient plus au propriétaire de l'immeuble réagira sur l'appropriation de la plus-value du local.

Si le local voit par le fait d'événements économiques ou de modifications dans la topographie des lieux, par exemple, sa valeur commerciale s'accroître, le propriétaire de l'immeuble ne pourra rien revendiquer de cette plus-value. Le locataire du magasin, propriétaire de la situation et de son achalandage sera le seul à en jouir, le vendeur restera simple bailleur d'un local qui aura perdu pour lui tous les avantages de commercialité. Et de même qu'il ne pourra bénéficier d'une plus-value possible, il ne pourra se faire indemniser par le locataire si celui-ci laisse dépérir l'achalandage. Le commerçant est libre de disposer du pas de porte comme il l'entend.

Cette jouissance peut même se manifester par un déplacement du fonds, par une extinction de l'affectation commerciale.

Prenons le cas d'un épicier qui draine avec un seul concurrent toute la clientèle d'un quartier parce qu'ils sont, à eux deux, les seuls commerçants de cette espèce dans le rayon de vente. Le concurrent veut se retirer des affaires et offre de vendre son fonds avec le pas de porte dont il est propriétaire, soit parce qu'il l'a acheté à son bailleur d'immeuble, soit parce qu'il est lui-même ce bailleur. L'autre épicier aura tout intérêt à acheter le fonds et le pas de porte, non pour l'exploiter lui-même, mais pour, en fermant le local, supprimer la concurrence et rattacher à son magasin tout l'achalandage du quartier.

Ce procédé lui est possible puisque nous partons de cette hypothèse qu'il a acquis non seulement le fonds mais le pas de porte, la portion d'acheteur attachée au local par sa situation, et qu'il peut détruire cette partie de l'achalandage, si bon lui semble, ou l'attirer vers un local proche donc jouissant des mêmes avantages de situation.

Le commerçant que nous supposons propriétaire du pas de porte, pourra également détruire ce pas de porte sans profit pour un autre local qui lui appartient lorsque bon lui semblera. La jurisprudence semble, d'ailleurs, sur ce point fournir un argument en faveur de notre hypothèse.

Dès 1865, la Cour d'Orléans (1) déclarait « considérant que par la cession intervenue au mois de juin Foussin avait aliéné d'une manière complète et absolue son fonds de boulangerie ainsi que l'achalandage qui y était attaché, et en était désormais dessaisi, que les époux Bodin en étaient devenus les propriétaires exclusifs avec le droit incontestable de l'exploiter où et comme ils le voudraient comme aussi de ne pas l'exploiter ou de l'exercer dans une maison autre que celle de Foussin..., considérant que par cette cession, le fonds de boulangerie et l'achalandage avaient été détachés de la maison... qu'à la fin de leur bail, les époux Bodin ne pouvaient être tenus de rendre au locataire un fonds de boulangerie qu'ils lui avaient acheté, qui lui appartenait et qui ne dépendait plus de la maison ».

Cet arrêt spécifiait que les époux Bodin avaient acheté le fonds de boulangerie et l'achalandage qui y était attaché: l'achalandage envisagé est bien ce groupe d'acheteurs dénommé pas de porte. Les époux Bodin avaient acheté le fonds et le pas de porte; ils pouvaient donc en disposer librement.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 21 mai 1897 (2) reprend les mêmes attendus pour une espèce qui semble légèrement différente car le commerçant a acheté « le fonds de café avec la clientèle ».

Qu'est ce que cette clientèle? est-ce seulement le

(1) 19 mai 1865; *S.*, 1865-2-159.

(2) *D. P.*, 1898-2-127.

groupement de personnes attachés à ce commerçant ou à la renommée de ses produits? il ne semble pas. Il s'agit ici plutôt de l'ensemble de consommateurs fournissant le chiffre d'affaires du café. Le cafetier a acheté au propriétaire de la maison qui était en même temps le propriétaire du fonds, ce fonds lui-même avec ses clients et ses chalands. Il peut donc déplacer et le fonds et les consommateurs si bon lui semble alors « qu'au contraire le propriétaire qui a vendu le fonds et est tenu de la garantie, ne peut indirectement contrevenir à ses obligations, ce qui arriverait, si par des moyens détournés il exigeait le maintien de la clientèle dans sa maison pour s'en emparer à la fin du bail ».

De quelle clientèle le propriétaire avait-il l'intention de s'emparer? Non pas des clients de l'ancien cafetier, mais de tous les chalands attachés au fonds. Or, dans un établissement comme une brasserie, les consommateurs sont plutôt des chalands que des véritables clients.

C'est pourquoi le propriétaire cherchait à maintenir l'affectation commerciale du local malgré la vente qu'il avait consentie et du fonds et de l'achalandage. Mais ceci ne lui était pas possible et la Cour de Besançon s'y est opposée avec juste raison.

De l'hypothèse posée nous pouvons déduire également que le locataire peut désaffecter son local en cédant son droit au bail à un non-commerçant. Qu'advviendrait-il alors des clauses prohibitives ou restrictives de sous-location et de cession de bail?

Nous avons vu dans le chapitre précédent qu'elles avaient toutes deux pour fondement un *intuitus personae*: positif en cas de clause prohibitive, négatif en cas de clause restrictive ou d'agrément. Ces clauses joueraient alors comme pour un bail ordinaire sans caractère commercial. S'il s'agit d'une clause prohibitive, les juges ne pourront discuter le refus du propriétaire puisque le bail a été consenti en fonction des qualités personnelles du locataire.

Mais l'attitude des juges serait différente en cas de clause restrictive ou d'agrément, car le refus du propriétaire est basé alors sur la qualité « d'indésirable » du nouveau locataire.

Or, quels seraient les éléments de la notion d'indésirable: ce ne saurait être la qualité de non-commerçant du nouveau locataire. Alors que le refus du bailleur est légitime lorsqu'il se base sur la différence de profession entre le locataire sortant et le locataire entrant en cas de bail du local commercial et du pas de porte, il ne pourrait en être de même si on admet que la cession du pas de porte a fait perdre au local, à l'égard du propriétaire, sa qualité commerciale.

Le propriétaire de l'immeuble qui a cédé son pas de porte pourra non seulement baser son refus sur le défaut de moralité ou de solvabilité du candidat proposé comme un bailleur de local à usage d'habitation.

Les clauses restrictives de sous-location ou de cession de bail auraient donc une portée moins grande lorsque la location de l'immeuble serait accompagnée de la cession du pas de porte et le locataire pourrait

céder son droit au bail à un individu quelconque, non commerçant ou exploitant un commerce différent.

Mais quelle serait a'ors la portée de la garantie due par le bailleur. Nous avons vu dans le chapitre précédent que le propriétaire était tenu en vertu de l'article 1719 du Code civil de « faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ». De là, il ne pouvait modifier les locaux intéressés ni porter préjudice à l'exploitation de l'achalandage par la location d'un immeuble voisin à un concurrent.

En cas de vente du pas de porte, les obligations du propriétaire de l'immeuble resteront les mêmes qu'au cas de simple location; elles seront même renforcées, s'assimilant à celles du vendeur d'un fonds de commerce. Le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, sans violer l'article 1625 du Code civil, créer ou favoriser l'établissement d'un commerce similaire faisant concurrencer à son cessionnaire. Le vendeur d'un pas de porte ne pourrait, par conséquent, créer ou favoriser l'établissement d'un commerce quelque'il soit, lorsque l'achalandage cédé n'a pas été spécialisé. Nous pouvons remarquer dès à présent que ceci aurait pour résultat de limiter considérablement les possibilités de locations des immeubles voisins. Cependant lorsque la qualité du pas de porte aurait été déterminée soit par l'aménagement spécial du local, soit par les termes même du contrat de cession, la garantie serait limitée à l'établissement d'un commerçant concurrent. Si par la suite, l'acquéreur du pas de porte modifiait

son commerce ou cédait son local à un exploitant d'un autre corps de métier, il ne pourrait exiger du bailleur que ce dernier s'oblige à ne pas louer un immeuble voisin à un commerçant concurrent de la nouvelle exploitation : la garantie est limitée au commerce envisagé par l'aménagement des locaux ou les termes mêmes du contrat. Cette dernière conséquence est la même lorsque le propriétaire a simplement loué le pas de porte (1) ; mais il semble qu'elle doive être ici appliquée avec une vigueur plus grande, renversant la charge de la preuve du préjudice causé.

Quelle serait alors la situation des parties à la fin du bail envisagé, le commerçant étant supposé seul propriétaire du pas de porte. Si l'exploitant a désaffecté le local, il ne peut se prévaloir de la loi sur la propriété commerciale. Celle-ci a, en effet, pour but de protéger le commerçant contre les spéculations du propriétaire qui, en évinçant son locataire, prendrait possession de la plus-value apportée au local par l'exploitation. Or, le locataire a désaffecté le local ; il ne peut se plaindre d'une perte de clientèle qui n'existe pas, ni réclamer au propriétaire le paiement d'une plus-value qu'il n'a pas donné au local, bien au contraire. Peut-il réclamer le remboursement du pas de porte qu'il a acheté lors de son entrée en jouissance ? Pas davantage car il ne rend pas le pas de porte puisqu'il a détruit le courant d'achalandage attaché à l'immeuble, puisqu'il a fait perdre aux acheteurs le che-

(1) Voir *supra*, III^e partie, chap. premier, p. 126 et suivantes.

min du magasin. D'autre part son attitude aura fait croire que la situation du magasin est mauvaise et les locataires se présenteront moins nombreux. Au lieu d'y avoir gain pour le propriétaire de l'immeuble, il y aura perte.

Mais la situation serait différente si le locataire avait conservé l'affectation commerciale. Il pourrait se prévaloir de la loi du 30 juin 1926, le refus de renouvellement du bail lui faisant perdre la clientèle qu'il a acquise dans le local et qui peut ne pas le suivre dans sa nouvelle installation. Bien plus même, il pourrait se faire rembourser son pas de porte.

Il n'est pas question ici du pas de porte que le commerçant devra payer pour trouver un nouveau local et dont le remboursement par le propriétaire peut être inclus dans l'indemnité de l'art. 4 de la loi sur la propriété commerciale. Nous savons que ce remboursement a été fortement discuté par la Chambre des Députés en 1932, mais qu'il fut énergiquement repoussé par le Sénat. De là le texte de l'alinéa 2 de l'article 4 dans sa rédaction du 13 juillet 1933 est ainsi conçu : « le juge aura, pour la fixation de l'indemnité, à tenir compte de tous les éléments de perte que le locataire aura à subir et de gain dont il sera privé par suite de l'éviction ». Libre alors au juge du fonds de considérer dans quel cas le paiement d'un pas de porte sera un élément de perte dont le locataire doit être remboursé.

Mais dans le cas envisagé par nous, la situation des deux parties est différente. Le locataire évincé perd

un pas de porte qu'il a acheté au propriétaire et que celui-ci va récupérer puisque l'affectation commerciale a été maintenue. Il est donc juste que le bailleur paie cette rétrocession. Il faut pour cela un accord des parties, puisque le remboursement du pas de porte entraîne une résiliation du contrat de cession passé lors de l'entrée en jouissance. Mais que se passera-t-il si le commerçant se refuse à une résolution du contrat et en demande simplement la conservation. Pratiquement le propriétaire ne peut faire jouer en sa faveur la loi du 30 juin 1926. Le commerçant est, en effet, propriétaire du pas de porte, portion d'achalandage attachée à l'immeuble et dont il ne peut jouir que dans la mesure où il a la jouissance d'une partie de l'immeuble lui-même. Le propriétaire ne pourra donc, pratiquement, refuser au commerçant le renouvellement de son bail et restera lié à l'exploitant aussi longtemps que ce dernier le désirera.

Cette situation est anormale et ne répond pas plus aux intentions du propriétaire qu'aux désirs du commerçant. C'est là que la conception d'une indemnité versée à titre de prix de vente du pas de porte, se révèle imparfaite et inexacte.

2° Nous avons un immeuble pour lequel le propriétaire a prévu une affectation donnée. Nous supposons qu'il détache cette affectation de l'immeuble pour la céder à un tiers et donner ainsi à ce dernier la propriété non de l'immeuble mais d'une de ses qualités. La propriété de l'immeuble est alors démembrée.

Le droit cédé au commerçant serait un droit réel immobilier ; or, la liste de ces droits comprend : la propriété, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes (article 543) et les actions qui servent à revendiquer les immeubles. Notre droit sur l'immeuble n'est pas une action en revendication de l'immeuble. Est-elle une servitude ? Pas davantage, la servitude supposant l'existence de deux fonds différents alors que dans l'espèce nous n'avons qu'un seul immeuble, partagé entre propriétaire et commerçant. Le droit que nous envisageons n'est pas davantage un usufruit puisque le bailleur du local garde la jouissance de l'immeuble dont il encaisse les loyers, mais ne conserve aucun droit, même pas celui de nu-propriétaire sur l'affectation commerciale cédée. Le propriétaire a-t-il pu créer un droit réel nouveau, ne rentrant pas dans la nomenclature légale ? la loi elle-même s'y oppose, croyons-nous, bien que la doctrine soit divisée sur le point de savoir si la volonté des particuliers peut créer des droits réels nouveaux. M. JOSSERAND déclare notamment que (1) « tandis que les particuliers peuvent créer à leur guise toutes espèces de droits personnels (principe de la liberté des conventions) il ne saurait dépendre d'eux d'inventer et de constituer des droits réels de leur cru ; à cet égard, les dispositions légales sont limitatives ; la liste des droits réels est fixée, *ne varietur*, par le législateur. En effet, l'organisation et les modalités de la propriété intéres-

(1) *Cours de droit civil positif français*, 2^e édition 1932, t. I, p. 695, n° 1337-5°.

sent l'ordre public et d'ailleurs, si l'on comprend que les parties puissent à leur gré, établir des rapports juridiques qui ne lieront qu'elles-mêmes, ou s'expliquerait moins volontiers qu'elles fussent autorisées à instituer à leur guise des droits qui étant opposables à tous, constitueraient une gêne pour la collectivité : la règle de la relativité des conventions, qui fait ainsi un retour offensif, s'oppose à ce qu'un contrat puisse, sans la permission du législateur, rayonner au delà du cercle des parties et de leurs ayants cause à titre universel. Il est d'ailleurs à remarquer que la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements recouvrés décide que « les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française ».

Il n'y a donc pas démembrement de la propriété puisque toute notre législation s'y oppose ; d'ailleurs l'intention du propriétaire ne fut pas celle-là.

3° Quelle a donc été cette intention et ce but ? Il suffit pour le comprendre de se rappeler à quelle époque est née et a vécu l'indemnité de pas de porte et nous pouvons en déduire : l'indemnité est une prime à la rareté des locaux.

L'indemnité versée au propriétaire, comme celle versée au commerçant locataire cédant, sous le nom de pas de porte, date de 1920 et cette pratique fut courante jusqu'au moment où le commerce subit la répercussion de la crise générale. Pendant ces quelques années, l'inflation permit à tous et surtout aux com-

merçants de réaliser rapidement de gros bénéfices. Ces derniers surtout, qui ont pour rôle, d'acheter pour revendre, voyaient les prix de marchandises monter entre l'époque de leur achat et celle de leur vente par le simple jeu de l'inflation; ils étaient les plus favorisés par cet état de chose.

Aussi chaque boutiquier continua avec ardeur l'exploitation de son fonds, tandis que les non-commerçants cherchaient à se rendre possesseurs d'un local pour gagner vite et facilement une jolie fortune.

Un déséquilibre entre les demandes et les offres de fonds de commerce s'établit faisant monter la valeur de ceux-ci. Un moment, on put croire que la balance allait se rétablir par la transformation et l'aménagement des locaux d'habitation en locaux commerciaux, mais la loi du 1^{er} avril 1926 dans son article 20 venait arrêter de telles initiatives tandis que la loi du 30 juin de la même année renforçait la position des exploitants en place.

Les locaux commerciaux avaient donc atteint rapidement une valeur extraordinaire, valeur que voulaient exploiter et le commerçant et le propriétaire. Le commerçant cédant vendait alors très cher son fonds de commerce ou simplement la jouissance du local envisagé moyennant une forte indemnité, le pas de porte, au cas où le successeur appartenait à une autre branche commerciale. Cette cession était même souvent plus intéressante pour les deux parties que celle du fonds tout entier, car le nouvel occupant cherchait simplement un magasin bien situé, donc bien

achalandé. Le droit au bail acquis ainsi était d'autant plus avantageux pour l'acheteur que, bien souvent, les loyers versés au propriétaire étaient d'un montant modique, étant donné la valeur nouvelle prise par ces locaux dont la rareté augmentait le prix. C'est pourquoi nous pouvons corriger ainsi la note suivante (1) — « les locataires en place tirent avantage, soit de la rareté excessive des locaux commerciaux disponibles, soit de la différence entre le loyer mentionné à leur bail et la valeur locative réelle de leurs locaux » — en disant : les locataires en place tirent avantage de la rareté excessive des locaux commerciaux disponibles, rareté qui a fait surgir une différence entre le loyer mentionné à leur bail et la valeur locative réelle de leurs locaux.

Mais cette augmentation de valeur, cette plus-value du local pouvait être, plus normalement encore, revendiquée par le propriétaire, seul maître de l'immeuble, pour que deux situations fussent alors possibles :

Ou bien il avait un local déjà exploité par un locataire. Ou bien, il venait de construire un immeuble en vue de l'affecter à une exploitation commerciale.

Dans le premier cas, on peut dire (2) : « la rareté qui accroît la valeur du fonds de commerce est un fait immobilier et les capitaux investis dans l'immeuble croissent également en proportion directe de cette

(1) G. P., 1929-1-321.

(2) BERCOT : *La cession des fonds de commerce du point de vue économique*, Thèse Paris, 1933, p. 112.

rareté ». Le propriétaire avait donc le droit d'augmenter les loyers de son immeuble mais pour cela il fallait qu'il y ait lieu à renouvellement du bail. Si le commerçant en place cédait, en cours de bail, la jouissance des locaux, le propriétaire ne pouvait récupérer l'intérêt de la plus-value qu'en demandant au locataire entrant une indemnité. Ordinairement cette indemnité était versée pour obtenir l'autorisation de sous-location. Ceci est noté par M. JOSSERAND (1) : « Il peut arriver — et il est arrivé — qu'un propriétaire utilise la clause restrictive, non pas pour satisfaire une fantaisie ou une rancune, mais pour réaliser un bénéfice ; qu'après avoir refusé le candidat présenté par le locataire, il laisse entrevoir à celui-ci la possibilité d'un arrangement à condition d'y mettre le prix et qu'il se fasse payer son autorisation ».

Le propriétaire va donc ainsi récupérer immédiatement la plus-value acquise par le local. Il monnaie l'entrée en jouissance, ce qui ne l'empêchera pas d'augmenter les loyers lors du renouvellement du bail dans la mesure où la loi du 30 juin 1926 le lui permet. Cependant, bien que le but se justifie économiquement, le procédé peut être considéré comme un abus de droit, car la clause d'agrément est détournée de son but. Le propriétaire court donc, en l'employant, le danger de voir son moyen démasqué et sanctionné par les tribunaux.

Le mécanisme est le même lorsqu'il s'agit d'un immeuble neuf. Le propriétaire de l'immeuble nou-

(1) *Note sous arrêt au D. P.*, 1923-2-169.

vement construit réclame ce pas de porte du locataire entrant afin de s'indemniser des frais supplémentaires qu'il a fait pour rendre sa construction propre à l'exploitation d'un commerce. En effet, il a dû obéir à des lois économiques particulières : il a acheté un terrain qu'il a payé d'autant plus cher que le quartier envisagé semble appelé à un plus grand développement : c'est le percement d'une grande avenue proche d'une gare nouvellement établie, par exemple. Comme cette situation était, en fait, très recherchée, parce que tous les quartiers où se concentre l'activité commerciale de la localité étaient construits depuis longtemps, le prix du terrain est d'autant plus élevé que la superficie totale disponible était rare.

La valeur du terrain à bâtir dépend en effet de deux facteurs : son emplacement, sa rareté relative, surtout aussitôt après la dernière guerre.

Le propriétaire a construit sur le lotissement un immeuble important, pour qu'il soit en rapport avec le terrain et le quartier projeté. Il a aménagé le rez-de-chaussée en magasin : un magasin capable d'abriter un commerce susceptible de se bien développer dans ce nouveau quartier.

Si la maison est établie dans un nouveau centre ouvrier, dépourvu de ressources de première nécessité, une boucherie, une épicerie seront les bienvenues. Si les immeubles environnants sont de luxueuses maisons particulières, la boutique sera un établissement richement aménagé pour flatter la clientèle plus fortunée, susceptible d'y faire ses achats : de toute façon, le

propriétaire établira son magasin en vue de l'achalandage spécial fourni par le quartier.

Le constructeur a donc tout mis en œuvre : ses capitaux, son esprit d'organisation, ses pronostics plus ou moins exacts sur le développement futur de la zone d'activité envisagée pour établir un magasin qui assurera, croit-il, un gros chiffre d'affaires au commerçant qui va l'exploiter. Il a ainsi créé un achalandage qui sera facilement et rapidement exploité par le commerçant dont le fonds prendra une valeur d'autant plus grande que l'emplacement utilisé sera plus favorable à son développement. L'immeuble va donc présenter un double avantage à l'égard du locataire : être neuf, donc posséder des qualités de confort et de luxe moderne très appréciables ; être bien situé, donc jouir d'une prérogative toute particulière, étant donné la rareté des locaux.

Certains auteurs nous dirons alors qu'ils reconnaissent cette valeur donnée au fonds par le bailleur, mais que ce dernier en a tenu compte dans le prix de location (1). Il ne semble pas que ce calcul soit réalisé à la première location. Le prix fixé pour un bail commercial est supérieur à celui qui serait établi pour un local d'habitation, mais la différence n'est pas toujours assez forte pour représenter la valeur de cet achalandage, qui, nous l'avons vu dans notre deuxième partie (2), fournit dans certains commerces de détail la plus grande partie du chiffre d'affaires.

(1) SENESSE : *Propriété commerciale*, Thèse Toulouse, 1932, p. 113.

(2) *Supra*, p. 73 et suivantes.

La différence représente seulement, le plus souvent, le prix de l'aménagement donné au local pour le rendre apte à l'exercice d'un commerce : revêtement spécial des murs, devantures, glaces, etc. Mais il restera une marge entre le prix de location versé et la valeur locative réelle : cette marge sera remplie par le pas de porte qui méritera alors parfaitement la définition de « capitalisation de la différence entre le loyer versé et la valeur locative réelle ».

4° Donc, qu'il s'agisse du pas de porte payé lors d'une première entrée en jouissance du local ou lors d'une reprise d'un local précédemment exploité, il représente toujours la « capitalisation de la différence entre le loyer payé et la valeur locative réelle ». Or, la valeur locative réelle est établie par la loi de l'offre et de la demande, qui, entre 1920 et 1932, seule période pendant laquelle le pas de porte fut monnayé, se marqua par un déséquilibre subit en faveur de la demande : la rareté des locaux faisait croître leur valeur et la différence entre le loyer payé et la valeur locative atteinte était la concrétisation de cette rareté même des locaux. C'est pourquoi on peut dire que le pas de porte est la prime à la rareté des locaux, qui dura une dizaine d'années.

Cette prime se rapproche d'ailleurs par certains points du droit d'entrée ou de la prime parfois exigée des associés ou des actionnaires par les associations ou les sociétés anonymes.

Beaucoup d'associations font, en effet, payer à leurs nouveaux adhérents une certaine somme qui s'ajoute à la première cotisation. C'est le droit d'entrée, accordé, semble-t-il, comme une faveur par le comité et permettant au nouvel associé de vivre sur le pied d'égalité avec les adhérents plus anciens. Ceci se retrouve également dans une société par actions lors de l'émission d'actions à primes (1); les primes sont des sortes de droits d'entrée supplémentaires payés par les nouveaux actionnaires entrant dans une société prospère et appelés de ce fait à verser une contribution spéciale devant constituer un équitable contrepoids des avantages que leur souscription va leur assurer en les faisant participer avec les actionnaires primitifs à cette prospérité ».

De même on peut dire que le nouveau commerçant paie une indemnité d'entrée pour avoir le droit d'exploiter un local dans des conditions d'emplacement et de temps particulièrement avantageuses puisqu'elles le mettent sur un pied d'égalité avec les boutiquiers établis antérieurement dans le même quartier ou la même ville et lui permettent de profiter d'une ère de prospérité inattendue. Cependant, l'assimilation ne peut être complète, car cette égalité est de pur fait alors qu'entre les associés l'égalité est de droit. D'autre part, la prime versée par l'associé profite à tout le groupement tandis que celle versée par le commerçant profite au seul propriétaire.

(1) LYON, CAEN et RENAULT: *Traité de droit commercial*, édition 1929, t. II, deuxième partie, p. 33, n° 688 quarter.

Quelle est alors la situation des deux parties en présence : de même qu'un nouvel adhérent d'une association ne peut réclamer des avantages particuliers pour prix de son droit d'entrée, de même le commerçant entrant ne peut prétendre à un traitement plus favorable comme contre-partie de l'indemnité versée. Il restera un simple locataire en face de son propriétaire bailleur.

Le locataire n'aura, du fait de la cession, aucune prérogative spéciale, sauf la possibilité lorsqu'il établira son prix de vente du fonds, d'y comprendre la valeur de la situation du magasin dont, par l'obtention du bail, il s'est assuré la jouissance pendant un temps donné.

Il n'y a donc aucune différence entre le commerçant acheteur d'un pas de porte et celui qui n'a pas payé de droit d'entrée. Mais il est certain que si le commerçant n'avait pas consenti à payer ce pas de porte, il n'aurait pu obtenir la jouissance d'un local où son fonds a prospéré d'une façon particulièrement brillante et a donné lieu à une cession plus fructueuse.

Pour nous résumer, nous pouvons dire que, si la cession du pas de porte par le propriétaire était envisagée comme la vente de l'affectation commerciale du local, le locataire aurait, entre autres avantages, celui de pouvoir utiliser et détruire cette affectation comme il l'entendrait. Mais, en fait, là n'est pas l'intention des deux parties. Le commerçant cherche à exploiter son fonds dans un local particulièrement bien situé.

Or, depuis la guerre, un déséquilibre s'est produit sur le marché des fonds de commerce et locaux commerciaux, si bien que la valeur de ceux-ci s'est considérablement enflée. Les propriétaires d'immeubles ont alors cherché à récupérer cette plus-value par l'augmentation du prix des loyers ou le plus souvent par le paiement d'un pas de porte. Cette indemnité peut donc être considérée comme une prime à la rareté des locaux puisqu'elle est le droit d'entrée exigé par le propriétaire qui touche ainsi la capitalisation entre les loyers consentis à l'exploitant et la valeur locative prise par les locaux du fait de l'inflation et de la crise des locaux commerciaux.

Aussi le commerçant entrant ne peut prétendre à aucun avantage spécial du fait de l'indemnité payée et il demeure un locataire ordinaire assujetti à toute la législation en usage en matière de baux commerciaux. L'indemnité est une simple prime à l'emplacement du local, versée pour obtenir une situation équivalente à celui de ses concurrents.

Conclusion

CONCLUSION

La suite de nos développements nous a montré que le pas de porte, déformation du pas de la porte, avait signifié tout d'abord la situation de l'immeuble, puis la portion d'achalandage attachée au local commercial ou professionnel par sa situation et presque en même temps, le droit au bail qui assure la jouissance de cette situation et de la portion d'achalandage qu'elle groupe. Dans l'un et l'autre cas, le pas de porte est donc un simple élément du fonds de commerce, mais à un certain moment il se détacha de ce dernier, devint à lui seul l'objet de ventes. On achetait non plus un fonds de commerce mais le droit d'exploiter un local, soit au locataire sortant sous forme de cession du droit au bail, soit au propriétaire de l'immeuble, sous forme d'indemnité d'entrée qui portait toujours le nom de pas de porte. C'est à cette époque que cet élément du fonds de commerce prit une telle importance, soulevant des controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Normalement le commerçant se retirant des affaires cherche à céder son fonds tout entier avec sa clientèle réelle et personnelle, sa renommée, son droit au

bail et les marchandises garnissant le local. L'acheteur cherche surtout alors à prendre la succession de la maison commerciale et s'intéresse peu au local lui-même.

D'ailleurs la reprise du local lui est toujours facilitée par l'attitude du bailleur ; ce dernier est, en effet, très heureux de voir ses magasins demeurer ouverts. La cession du fonds avec son droit au bail assure à l'immeuble la continuation d'un achalandage, auquel une fermeture temporaire pourrait nuire. Pour mieux protéger cette valeur commerciale du local le propriétaire consent alors des baux de longue durée, aisément renouvelables et à des prix modérés.

Pour les commerçants le local doit donc être de toutes façons l'accessoire.

Mais la fin de la guerre amena une transformation économique qui réagit sur les fonds de commerce.

La paix et la tranquillité recouvrées donnaient l'essor à des appétits de luxe et de dépenses effénées. On achetait tout ce qu'on pouvait, pourvu que l'article fut moderne, inattendu, original. Le commerce attirait à lui toutes les activités et toutes les initiatives : chacune voulait être commerçant parce que le boutiquier faisait rapidement fortune quelque fut d'ailleurs la branche exploitée. Il suffisait d'avoir un local, d'y mettre des articles en vente pour voir immédiatement les acheteurs s'y précipiter, attirés par la nouveauté du magasin, des produits ou de la présentation : l'achalandage fournissait la plus grosse partie du chiffre d'affaires.

Les commerçants qui venaient de rentrer de la guerre, préféraient bénéficier eux-mêmes de cette chance de gain par l'exploitation de leur fonds que par sa vente. Les lois sur le renouvellement des baux les protégeaient d'ailleurs contre les exigences plus ou moins exorbitantes des propriétaires d'immeubles. Il fallait donc créer de nouveaux locaux pour les nouveaux commerçants : les immeubles à usage d'habitation ne pouvaient être transformés en exploitation industrielle ou commerciale suivant l'article 20 de la loi du 1^{er} avril 1926; les terrains nus pour édifier de nouveaux magasins étaient rares dans les endroits passagers et propices à un achalandage intéressant: le local, la situation firent alors prime sur le marché des fonds de commerce: le pas de porte qui était nécessaire pour créer un commerce et grouper les chalands, seule cause de transactions, était plus important que le fonds de commerce lui-même.

Des spéculations se firent jour rapidement et portèrent surtout sur le pas de porte, cet élément si rare et si important du fonds de commerce : chacun voulut le monnayer : le commerçant cédant qui se retirait des affaires, le propriétaire immobilier qui ne retirait plus de ses locaux l'intérêt de son argent par suite de la déflation monétaire.

Le législateur effrayé d'un tel mouvement des prix (dans une ville de 30.000 habitants le pas de porte était payé facilement 150.000 francs) voulut entraver cette marche ascendante. Pour ce faire, il protégea l'élément qui lui semblait le plus intéressant : le

commerçant en place que le propriétaire cherchait à évincer pour établir une nouvelle location à un taux justifié par le mouvement actuel des affaires. De là naquit la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale. Était-elle parfaite et parvenait-elle à concilier les anciens commerçants, les nouveaux et les propriétaires qui pâtissaient plus que quiconque de cette situation anormale? Non, puisque sur les vingt-six articles qu'elle contient maintenant, deux seulement restent dans leur texte original; tous les autres furent rectifiés par la loi du 22 avril 1927 ou celle du 13 juillet 1933.

En tout cas, son seul résultat, à notre point de vue, fut de diminuer encore le nombre de locaux à louer et d'augmenter la valeur de ceux qui étaient disponibles : le pas de porte donna lieu à ce moment à des indemnités très fortes payées soit au commerçant sous forme de cession du droit au bail en cours, soit au propriétaire, comme droit d'entrée dans le local, indemnités qui étaient en réalité des primes à la rareté des locaux.

Mais la fièvre des dépenses, les appétits effrénés de luxe n'avaient duré qu'un temps relativement court : dix ans environ. La crise suivit de près et fut d'autant plus ressentie par tous qu'elle succédait à une période d'inflation remarquable. Les transactions commerciales se réduisirent au strict nécessaire et le chiffre d'affaires de chaque exploitation subit une baisse formidable.

Les commerçants ne pouvaient plus escompter de gros bénéfices, ils gagnaient leur vie modestement à condition encore de faire preuve d'initiative, de connaissance approfondie des affaires et de la clientèle. Le commerce n'était plus la poule aux œufs de vermeil que chacun voulait accaparer.

Les acheteurs se firent plus rares sur le marché des fonds de commerce et ceux qui subsistaient cherchaient surtout à reprendre une affaire qui avait fait ses preuves et groupé une clientèle sérieuse et stable tant pour sa renommée, ses produits, son nom commercial que sa situation. L'emplacement du local était seulement un simple élément du fonds de commerce capable d'assurer une partie du chiffre d'affaires par les chalands qu'il groupait, mais n'était plus la seule source des bénéfices et la seule cause des transactions commerciales : le pas de porte était passé au second plan, il était redevenu un simple élément du fonds de commerce.

Le législateur n'avait plus alors de raison de lui consacrer quelques séances. Il en parla cependant d'une façon accessoire en février 1932 lorsqu'il rectifia la loi sur la propriété commerciale, mais lorsque le texte parut, le 13 juillet 1933, le pas de porte était tombé dans l'oubli.

Il reprenait sa place de simple élément du fonds de commerce, comme la clientèle, la renommée, par exemple. Il n'y avait plus aucun motif de construire pour lui toute une théorie juridique basée sur des textes

régulièrement votés par nos assemblées parlementaires.

La situation en est là et semble devoir demeurer la même pendant encore un long temps. La crise économique qui se stabilise sera, sans doute, suivie d'une ère semblable à celle qui précéda la guerre. Le fonds de commerce sera la base d'exploitations et de cessions successives où tous les éléments seront utilisés et vendus en bloc. Les cessions de pas de porte proprement dites deviendront de plus en plus rares et n'accapareront plus l'attention générale jusqu'au jour où une nouvelle période d'inflation viendra leur donner essor nouveau.

Le pas de porte semble donc être l'élément représentatif d'une crise d'inflation et vivre de la vie même de cette dernière. Son importance s'accroît avec la marche ascendante des affaires, mais dès que celles-ci se ralentissent, le pas de porte voit son intérêt s'atténuer et devenir secondaire. C'est la situation qui existe actuellement. Aussi nous pouvons dire que notre étude est un simple exposé rétrospectif du pas de porte et de son importance réelle mais considérablement grossie dans la période qui succéda à la guerre et dura seulement une dizaine d'années.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- BERTHELEMY. — Traité de droit administratif, 12^e édition, 1930.
- CENDRIER. — Le fonds de commerce, 4^e édition, 1926.
- ESCARRA. — Principes de droit commercial, 1934.
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, tome III, 3^e édition, 1930.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, tome I, 2^e édition, 1932.
- LACOUR et BOUTERON. — Précis de droit commercial, 2^e édition, 1921.
- LÈBRE. — Traité pratique et théorique des fonds de commerce, 1887.
- LYON, CAEN et RENAULT. — Manuel de droit commercial, 1928.
- Traité de droit commercial, 5^e édition, tome II, 1929.
- MARTIN et MAUSS. — Traité théorique et pratique des baux commerciaux et industriels, 1928.
- PILON. — Principes et technique des droits d'enregistrement, 1929.
- POTHIER. — Œuvres par Bugnet, édition 1861.
- THALLER et PERCEROU. — Traité de droit commercial, t. I, 1931.
- DALLOZ. — Répertoire pratique, édition 1914.
- CARPENTIER. — Répertoire du droit français, édition 1901.
- Journal officiel*. — Débats parlementaires Chambre, 1932.

NOTES D'ARRÉRISTES ET CHRONIQUES

- CHÉRON. — *D. P.*, 1932, 2, p. 20.
JOSSEMAND. — *D. P.*, 1923, 2, p. 169.
VOIRIN. — *D. P.*, 1932, 2, p. 57.
WALINE. — *D. P.*, 1929, 2, p. 135.
Anonyme. — *D. P.*, 1923, 2, p. 169.
 G. P., 1929, 1, p. 311.
 1929, 2, p. 749.
 1930, 2, p. 27.
LALOU. — Le pas de porte. *D. H.*, 1931, chronique p. 65.

THÈSES

- BAYART. — Etude de la notion de fonds de commerce. Paris, 1906.
BERCOT. — La cession des fonds de commerce du point de vue économique. Paris, 1933.
BEDOS. — Droit au bail et propriété commerciale. Montpellier, 1925.
CARAYON. — La cession des concessions et des permissions. Paris, 1934.
DUVIGNAU. — Le régime fiscal des ventes de fonds de commerce et d'industrie. Bordeaux, 1912.
FOURNET. — La propriété commerciale. Lille, 1925.
GINESTE. — La propriété commerciale. Paris, 1927.
GOMBEAUX. — La nature juridique du fonds de commerce. Caen, 1901.
HANUS. — Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit. Nancy, 1920.
LEFEBVRE. — Locataires commerçants et propriétaires. Caen, 1916.
RICORDEAU. — Des droits du locataire commerçant au cas de non renouvellement de son bail. Rennes, 1921.
SENESE. — Propriété commerciale. Toulouse, 1932.

SILLARD. — Le commerçant propriétaire de l'immeuble où il exploite son fonds de commerce. Rennes, 1932.

SIMON. — Le fonds de commerce. Paris, 1898.

TROTABAS. — De l'utilisation du domaine public par les particuliers. Paris, 1924.

RECUEILS D'ARRÊTS

LEBON.

Gazette du Palais.

Dalloz périodique.

Dalloz hebdomadaire.

SIREY.

Revue des loyers.

Répertoire périodique de l'enregistrement.

Recueils de: Bordeaux, Caen, Douai, Le Havre, Nancy, Nantes, Rennes.

Journal des tribunaux de commerce.

Gazette des tribunaux.

Moniteur judiciaire de Lyon.

VU:

Nancy, le 13 octobre 1935.

Le Président de la Thèse,

Pierre VOIRIN.

VU:

Nancy, le 15 octobre 1935.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

F. SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER:

Nancy, le 15 octobre 1935.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

L. BRUNTZ.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION DE LA NOTION DE PAS DE PORTE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Evolution dans le sens d'achalandage</i>	17
1° Pas de la porte	17
2° Situation du local	19
3° Portion d'achalandage	22
4° Droit à l'enseigne et au nom	29

CHAPITRE II. — <i>Evolution dans le sens de cession du droit au bail</i>	31
1° Bail	33
2° Droit au bail	35
3° Cession du droit au bail	37
4° Prime au propriétaire	42
5° Synthèse des différentes définitions	45

DEUXIÈME PARTIE

LE PAS DE PORTE

DANS SES RAPPORTS AVEC L'EXPLOITATION

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le pas de porte dans les professions non commerciales</i>	51
--	----

	Pages
1 ^o Rôle pratique dans les professions libérales	51
2 ^o Le pas de porte peut-il donner lieu à une cession dans les professions libérales	54
3 ^o Rôle dans les professions artisanales	59
4 ^o De quelle législation sur les loyers l'artisan relève-t-il?	59
CHAPITRE II. — <i>Le pas de porte dans le fonds de commerce</i>	65
Section I. Importance du pas de porte dans la vie du fonds de commerce	66
Section II. Le fonds de commerce s'absorbe-t-il dans le droit au bail?	89

TROISIÈME PARTIE

LE PAS DE PORTE DANS SES RAPPORTS AVEC L'IMMEUBLE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Location de l'immeuble et du pas de porte</i>	111
1 ^o Droit cédé sur le pas de porte	111
2 ^o Conséquences en cours de bail	112
3 ^o Conséquences à la fin du bail	131
CHAPITRE II. — <i>Location de l'immeuble et cession concomitante du pas de porte</i>	135
1 ^o La cession du pas de porte est considérée comme une vente	136
2 ^o Discussion de cette théorie	145
3 ^o Cession du pas de porte et une prime à la rareté des locaux	147
4 ^o Conséquences	153
CONCLUSION	157
BIBLIOGRAPHIE	163

